

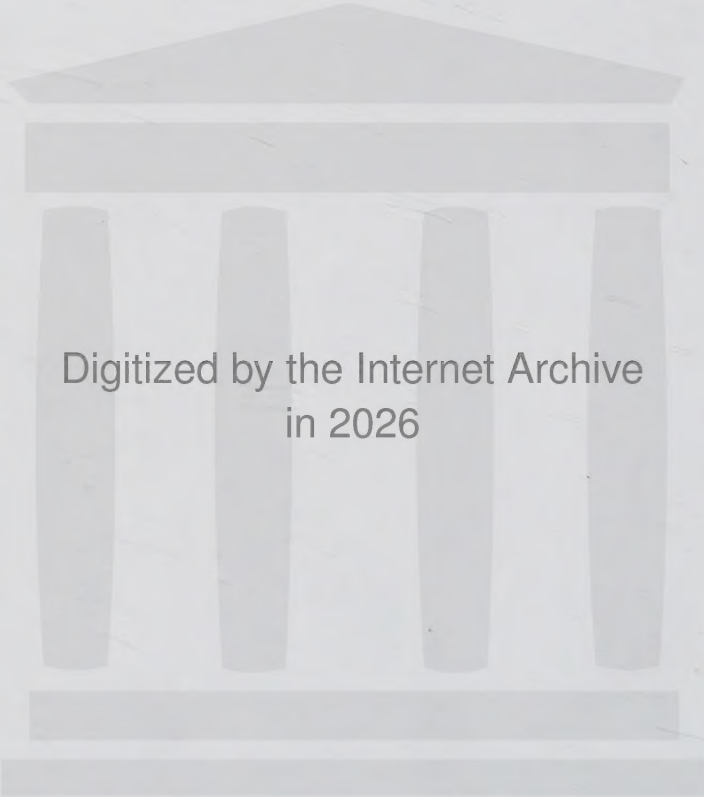
**DER ANWENDUNGSBEREICH DER ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE
NACH DEUTSCHEM KARTELLRECHT**

Ein Beitrag zur Auslegung des Zusammenschlussbegriffs
des § 23 Abs. 2 des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Bert Doorn
aus Enschede/Niederlande

1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550803_0038

DER ANWENDUNGSBEREICH DER ZUSAMMENSCHLUSSKONTROLLE NACH DEUTSCHEM KARTELLRECHT

Ein Beitrag zur Auslegung des Zusammenschlussbegriffs
des § 23 Abs. 2 des Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von
Bert Doorn
aus Enschede/Niederlande

1978

Gedruckt mit Unterstützung des
Deutschen Akademischen Austauschdienstes



Dekan: Prof.Dr.Karl Kroeschell
Erstberichterstatte: Prof.Dr.Fritz Rittner
Zweitberichterstatte: Prof.Dr.Manfred Löwisch
Tag der mündlichen Prüfung: 24.Oktober 1978

Meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Fritz Rittner spreche ich für die stets wohlwollende und hilfreiche Betreuung während meines Studienaufenthaltes in Freiburg meinen herzlichen Dank aus.

Herrn Assessor Reinhard Portlu bin ich ebenfalls für seine wertvollen Hinweise und Korrekturen zu grossem Dank verpflichtet.

Dem Deutschen Akademischen Austauschdienst danke ich für die Finanzierung meines zweijährigen Aufenthaltes in Freiburg.

I N H A L T

GLIEDERUNG	S. II - VII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	S. VIII - XI
TEXT	S. 1 - 191
LITERATURVERZEICHNIS	S. 192 - 206

EINLEITUNG	1
 <u>ERSTER TEIL:</u>	
Übersicht der Konzentrationskontrolle in der Bundesrepublik Deutschland.	3
1. Kapitel: Die historische Entwicklung.	3
A. Die Wirtschaftspolitik im Deutschen Reich	3
B. Die Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg bis 1957	6
C. Die Periode zwischen 1957 und der Novelle von 1973	11
2. Kapitel: Der Zweck der Konzentrationskontrolle.	13
3. Kapitel: Die allgemeinen Grundzüge der Konzentrationskontrolle.	21
A. Die Regelung der Anzeigepflicht	21
I. Voraussetzungen und grundlegende Rechtsfolge	21
II. Sonstige Rechtsfolgen	24
1. Ordnungswidrigkeiten	24
2. Zwangsmassnahmen	24
3. Bekanntmachung der Anzeige	24
B. Die Regelung der präventiven Anmeldepflicht	26
I. Voraussetzungen und grundlegende Rechtsfolge	26
II. Sonstige Rechtsfolgen	27
1. Ordnungswidrigkeiten	27
2. Zwangsmassnahmen	28
3. Zivilrechtliche Folgen	28

III

C. Der Eingriffstatbestand	29
I. Die Rolle des Bundeskartellamtes beim Kontrollverfahren nach § 24	30
1. Die Voraussetzungen einer Unter- sagung durch das BKartA	30
a. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stel- lung	30
b. Die Abwägungsklausel	35
2. Die Untersagung	38
3. Die Rechtsfolgen einer Untersagung	40
a. Untersagung eines Zusammenschluss- vorhabens	40
b. Untersagung eines vollzogenen Zusammenschlusses	40
c. Bekanntmachung	41
II. Die Möglichkeit der Ministererlaubnis	42
1. Einführung	42
2. Die Kriterien für eine Erlaubnis: "Gesamtwirtschaftliche Vorteile" und "Interesse der Allgemeinheit"	43
3. Die Mitwirkung der Monopolkommission bei der Ministererlaubnis	45
III. Übersicht über die bisherige rechtstat- sächliche Entwicklung der Konzentrations- kontrolle in den Jahren 1974 bis 1977	46
 <u>ZWEITER TEIL:</u>	
Die Zusammenschlusstatbestände	47
1. Kapitel: Der Zusammenschlussbegriff.	47
A. Der Inhalt	47
I. Übersicht über die Tatbestände des § 23 Abs.2	47
1. Vermögenserwerb	47
2. Anteilserwerb	48
3. Unternehmensverträge	50

4. Personelle Verflechtungen	50
5. Sonstige Unternehmensverbindungen	51
II. Daten zur Häufigkeit der einzelnen Zusammenschlusstatbestände in den Jahren 1973 bis 1977	52
B. Die Bedeutung des Zusammenschlussbegriffs für die Konzentrationskontrolle	54
I. Die Bedeutung des Zusammenschlussbegriffs für die Anzeigepflicht nach § 23 und die Anmeldepflicht gem. § 24 a	54
II. Die Bedeutung des Zusammenschlussbegriffs für die eingreifende Kontrolle gem. § 24	55
III. Ergebnisse	57
IV. Übersicht	61
C. Das Wesen des Zusammenschlussbegriffs	65
I. Einführung	65
II. Die Charakteristika der Zusammenschlusstatbestände	68
1. Die ratio der Tatbestände	68
2. Verwandte Begriffsbestimmungen im Aktienrecht	72
a. Die Definition der verbundenen Unternehmen	72
b. Der Abhängigkeitsbegriff gem. § 17 AktG	74
aa. Der beherrschende Einfluss	74
bb. Die Beherrschungsgrundlagen	75
cc. Die an das Abhängigkeitsverhältnis anknüpfende Bestimmungen	78
c. Der Zusammenhang des Abhängigkeitsbegriffs mit den sonstigen Begriffsbestimmungen des aktienrechtlichen Konzernrechts	79
aa. Die Mehrheitsbeteiligung	79
bb. Das Konzernverhältnis	81
cc. Wechselseitig beteiligte Unternehmen	83

3. Die Übernahme der aktienrechtlichen Begriffe und Auslegungsgrundsätze in das Recht der Konzentrationskontrolle	84
III. Zusammenschluss zwischen bereits zusammen- geschlossenen Unternehmen	89
IV. Der Begriff der am Zusammenschluss be- teiligten Unternehmen	91
V. Die Fiktion des Zusammenschlusses zwischen abhängigen Unternehmen	96
1. Die Zusammenschlussfiktion des § 23 Abs.3 Satz 4 als Erweiterung des Zusammenschlussbegriffs?	97
2. Die Zusammenschlussfiktion des § 23 Abs.3 Satz 4 als Vorschrift der Anzeigepflicht?	98
VI. Zwischenerwerb von Anteilen durch Kredit- institute	100
2. Kapitel: Der Vermögenserwerb (Tatbestand Nr.1).	103
A. Einführung	103
B. Die Erwerbsweisen	104
I. Begriffliche Grundlagen	105
1. Die Verschmelzung	105
2. Die Umwandlung	107
3. Erwerb in sonstiger Weise	109
II. Übernahme der aktienrechtlichen Begriffe in das Recht der Konzentrationskontrolle	110
C. Das Erwerbsobjekt	113
I. Das ganze Vermögen eines Unternehmens	113
II. Das Vermögen eines Unternehmens zu einem wesentlichen Teil	115
1. Einführung	115
a. Die Auslegungsfragen	116
b. Der BGH-Beschluss "Zementmahlanlage"	119
c. Zwischenergebnis	122

2. Auslegung der Satzwendung "zu einem wesentlichen Teil"	124
a. Auslegung dem Wortlaut nach	124
b. Die Entstehungsgeschichte	126
c. Systematik des Gesetzes	128
d. Zweck der Regelung	130
e. Zusammenfassung	132
III. Die Anwendung des Tatbestandes Nr. 1 in der Praxis	134
1. Erwerb des Vermögens eines Unternehmens	134
2. Erwerb eines Vermögensteils eines Unternehmens, der in seinem Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräusserers quantitativ ausreichend hoch ist	134
3. Erwerb einer betrieblichen Teileinheit die eine qualitativ eigene Bedeutung hat	135
3. Kapitel: Der Anteilserwerb (Tatbestand Nr.2).	138
A. Einführung	138
B. Der Begriff des Anteilserwerbs	139
I. Der Erwerber	139
II. Der Erwerbsgegenstand	141
III. Der Erwerb	144
C. Die Beteiligungsstufen	146
I. Die Entstehungsgeschichte	146
II. Die Anwendung der Beteiligungsstufen	148
1. Die Anwendbarkeit des § 23 Abs.2 Nr.2 auf Beteiligungserwerb unterhalb der relevanten Stufen	150
2. Die Anwendung des Auffangtatbestandes auf Beteiligungserwerb unterhalb der relevanten Stufen	153

VII

III. Die Berechnung der Beteiligungsstufen	155
1. Die Zurechnung	155
2. Der indirekte Anteilserwerb	157
D. Der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens	159
I. Einführung	159
II. Inhalt des Begriffs	161
III. Anwendung des Begriffs	162
4. Kapitel: Die Unternehmensverträge (Tatbestand Nr.3).	167
A. Einführung	167
B. Die einzelnen Verträge	171
I. Konzernbildungs- und Erweiterungs- verträge	171
II. Gewinnabführungsverträge, Geschäfts- führungsverträge und Teilgewinnab- führungsverträge	175
III. Betriebspacht- und Überlassungsver- träge	178
5. Kapitel: Die Herbeiführung von Personengleich- heit in Leitungsgremien von Unter- nehmen (Tatbestand Nr.4).	182
6. Kapitel: Die sonstigen Unternehmensverbin- dungen (Tatbestand Nr. 5).	186
ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	191

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft bzw. Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Hamburg)
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Band, Seite
BKartA	Bundeskartellamt
BR	Bundesrat
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BWM	Bundesminister für Wirtschaft
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb, Wochenschrift für Betriebs- wirtschaft - Steuerrecht - Wirtschafts- recht - Arbeitsrecht (Düsseldorf)
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Drucks.	Drucksache
EG	Europäische Gemeinschaften

EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Montanunion
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende (Seite(n))
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freien Gerichtsbarkeit
Festschr.	Festschrift
Fn.	Fussnote
G.	Gesetz
gem.	gemäss
G en G	Genossenschaftsgesetz vom 1.5.1889 i.d.F. vom 20.5.1898
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 i.d.F. vom 20.5.1898
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 - soweit nicht mit "a.F." gekennzeichnet - in der ab 5.8.1973 geltenden Fassung der Neubekanntmachung vom 4.4.1974
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
i.d.S.	in dem Sinne
i.S.d.	im Sinne der/des
i.V.m	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung (München und Frankfurt)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)

Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt a.M.)
Nr., Nrn.	Nummer(n)
OLG	Oberlandesgericht
Rdn.	Randnummer
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RWE	Rheinisch-Westfälisches Elektrizitäts- tätswerk AG
S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Heidel- berg)
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
TB	Tätigkeitsbericht
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem bzw. und andere
u.U.	unter Umständen
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen (Versicherungsaufsichts- gesetz) vom 6.6.1931
VEBA	Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwer- ke AG.
Vol.	Volume (Band)
Vorb.	Vorbemerkung
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27.4.1953
v.	von bzw. vom

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
WuW/E	Entscheidungssammlung von Wirtschaft und Wettbewerb
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Berlin)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Wirtschaftsrecht (Stuttgart)
z.T.	zum Teil
z.Zt.	zur Zeit

EINLEITUNG.

"Wir wollen nicht, dass schliesslich bei immer grösserer Konzentration der Wirtschaft zu Grossbetrieben das Volk aus einer kleinen Schicht von Herrschern über die Wirtschaft und einer grossen Klasse von Abhängigen besteht"¹.

Als späte Konsequenz dieser möglicherweise als emphatisch und vage empfundenen² Passage aus der Regierungserklärung von Bundeskanzler Adenauer vom 29.10.1957 hat der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland nach langer Vorbereitung und ausführlichen wettbewerbspolitischen Diskussionen, mit der Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 3. August 1973³ neben einigen Erweiterungen eine grundsätzliche Neugestaltung der staatlichen Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen verwirklicht.

Die Anzeigepflicht bei Zusammenschlüssen gegenüber dem Bundeskartellamt (BKartA) gem. § 23⁴ wurde erweitert. Ausserdem wurde in § 24 a eine Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben eingeführt.

Wichtigster Schritt in die Richtung einer umfassenden Zusammenschlusskontrolle war jedoch die Schaffung von Ermächtigungsgrundlagen in § 24, welche es den Kartellbehörden gestattet, mittels Untersagung und Auflösungsverfügungen direkt in die Konzentration in der Wirtschaft einzugreifen.

1 Stenographische Protokolle des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode, 3. Sitzung, 29.10.1957, S. 19; wiederholt von der Bundesregierung im Bericht über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.8. 1962, BT-Drucks. IV/617, S. 67

2 So Raisch, Zur Notwendigkeit, Fusionskontrolle, S.11 ff., S. 18

3 BGBl. I, S. 69

4 Paragraphen ohne Zusatz sind solche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen i.d.F. von 1973

Diese Untersuchung nun richtet sich auf § 23 Abs.2, in dem der Gesetzgeber eine Reihe von Konzentrationsvorgängen als "Zusammenschluss von Unternehmen" definiert hat.

Diesen Zusammenschlusstatbeständen ist im Rahmen der Konzentrationskontrolle¹ eine grundlegende Bedeutung beizumessen. Denn ohne eine genaue Definition und Abgrenzung des Zusammenschlussbegriffes, könnte der Anwendungsbereich der drei Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle, die Anzeigepflicht bei Zusammenschlüssen, die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben und die eingreifende Zusammenschlusskontrolle, welche offenbar alle an dem Zusammenschlussbegriff anknüpfen, je nach den Erfordernissen der Praxis ausgeweitet werden.

Dies könnte einerseits ein effektives Vorgehen gegen unerwünschte Unternehmenskonzentration erleichtern.

Zum anderen ist jedoch zu bedenken, dass die einzelnen Sachvorschriften und namentlich die eingreifende Kontrolle gem. § 24, es den staatlichen Behörden gestattet, in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit einzugreifen. Eine solche Eingriffsbefugnis, welche nicht klar und erkennbar abgegrenzt ist, könnte sich leicht zu einer der freiheitlich organisierten Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik Deutschland nicht entsprechenden staatlichen Willkür und zu Dirigismus entwickeln.

Aufgabe dieser Arbeit ist es, die Funktion und Bedeutung der Zusammenschlusstatbestände in der Konzentrationskontrolle darzulegen und den Inhalt der einzelnen Tatbestände zu analysieren.

1 Die Begriffe "Konzentrationskontrolle" und "Zusammenschlusskontrolle" werden in dieser Arbeit synonym gebraucht. Sie umfassen die Anzeige- und Anmeldepflicht gem. §§ 23 und 24 a und die eingreifende Zusammenschlusskontrolle gem. § 24. Der Gebrauch des Ausdrucks "Fusionskontrolle" wird nach Möglichkeit vermieden, weil dies zu Missverständnissen führen könnte. Im herkömmlichen Sinne interpretiert (fundere=verschmelzen) würde von einer Fusionskontrolle nur der erste Tatbestand des § 23 Abs.2 erfasst werden

ERSTER TEIL:

Übersicht der Konzentrationskontrolle in der Bundesrepublik Deutschland.

1. Kapitel.

Die historische Entwicklung.

Die Einführung der eingreifenden Konzentrationskontrolle mit der Novelle von 1973 hat eine lange Vorgeschichte, welche gekennzeichnet wird durch ausführliche Grundsatzdiskussionen und eine ganze Reihe einander ablösenden Gesetzesentwürfe, welche schon als "dauernder Rückzug" vor einem zu "grossen Experiment" bezeichnet wurden¹.

In der Entstehungsgeschichte sind drei Perioden zu unterscheiden: die Wirtschaftspolitik im Deutschen Reich bis 1945, die Nachkriegsgeschichte bis zur Einführung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Jahre 1957, und schliesslich die Entwicklungen in der Folgezeit, welche zur Novelle von 1973 geführt haben.

A. Die Wirtschaftspolitik im Deutschen Reich.

Die Wirtschaftspolitik im Deutschen Reich ist durch drei Phasen gekennzeichnet: die kartellfreundliche Phase, die Phase der staatlichen Missbrauchsaufsicht und schliesslich die Periode der Zwangskartelle².

Die kartellfreundliche Periode wird dadurch charakterisiert, dass Grossunternehmen und Kartelle als Voraussetzungen des wirtschaftlichen Fortschritts betrachtet wurden. Die Reichsregierung war folglich nicht bereit, dagegen vorzugehen, da für den Fall eines solchen Eingreifens schwere Schädigungen der gesamten Industrie befürchtet wurden³.

1 Bartholomeyczik, im Gemeinschaftskommentar, 1.Aufl., Rdn. 12 der Vorbem. zu §§ 22 - 24

2 Bock/Korsch, Kartellauflösung, WuW 1957, S.411 ff., 415

3 Vgl. zum Standpunkt der Reichsregierung: Lehnich, Kartelle und Staat, S. 93 ff. und S. 101 f.

Der Standpunkt der Regierung wurde noch sehr stark von der Tradition der vom Liberalismus geprägten Zurückhaltung auf dem wettbewerbspolitischen Gebiet bestimmt¹. Der Staat griff nur gelegentlich ein, wie z.B. während des Krieges 1914 - 1918, als aus politischen Gründen Anlass zur Einschränkung der Handlungsfreiheit der Industrie bestand².

Erst im Jahre 1923, während der Weimarer Republik, entschloss sich die Reichsregierung zum Erlass einer Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen³, womit die Phase der staatlichen Missbrauchsaufsicht anfängt.

§ 4 dieser Verordnung räumte dem Reichswirtschaftsminister das Recht ein, bei einem beim Reichswirtschaftsgericht zu bildenden Kartellgericht, die Nichtigkeitserklärung von Kartellverträgen zu beantragen, wenn der Vertrag oder seine Handhabung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdete⁴.

Trotz dieser Verordnung stieg aber im Jahre 1925 die Zahl der Kartelle um 2500 - 3000, was einen neuen Höhepunkt bedeutete⁵.

Die Gründe dieser offensichtlichen Wirkungslosigkeit der Kartellverordnung lagen vor allem darin, dass sie zu sehr das Ergebnis eines Kompromisses zugunsten der Inhaber wirtschaftlicher Macht war und die Position des Kartellgerichts aufgrund zu geringer Kompetenzen zu schwach war⁶.

1 Vgl. Günther, Die geistigen Grundlagen, Festschrift Böhm, S. 183 ff. S. 184

2 Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebung, S. 32, 33

3 Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923, RGBI, S. 1076 f. und S. 1090

4 Vgl. etwa v. Brunn, Die heutige Lage, S. 22 ff.

5 so Günther, Die geistigen Grundlagen, aaO, S. 185

6 Vgl. Pauler, Das Ringen, Diss. Wien 1957, S. 52

Die Phase des Übergangs zur staatlichen Zwangswirtschaft fällt zusammen mit dem Zeitraum der Weimarer Präsidialregierungen und der nationalsozialistischen Machtergreifung¹.

Die Weltwirtschaftskrise und die nationalsozialistischen Tendenzen zur Aufhebung des Wettbewerbs und der Koalitionsfreiheit bildeten die Basis einer bewusst betriebenen Politik der zwangsweisen Bildung von Kartellen, wobei Grossindustrie und Armee sich gleichermassen interessiert zeigten².

Grundlage dieser Zwangskartellierung war das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen vom 15.7.1933³. Nach diesem Gesetz erhielt der Reichswirtschaftsminister nicht nur das Recht in einzelnen Wirtschaftsbereichen die Errichtung oder die Erweiterung von Unternehmen zu untersagen (§ 5), sondern auch die Befugnis, Unternehmen zu nicht kündbaren Syndikaten oder Kartellen zusammenzuschliessen oder an bereits bestehende Zusammenschlüsse anzugliedern (§ 1).

Auf diese Weise wurde der schon vorhandene Trend zur Unternehmenskonzentration systematisch gefördert. Diese Entwicklung war Bestandteil einer Politik der völligen Neugestaltung auf allen Gebieten der Wirtschaft, die diese bis zum Kriegsausbruch im Grossen und Ganzen den militärischen Erfordernissen der Wehrmacht anpassen sollte⁴.

1 Robert, Konzentrationspolitik, S. 69

2 Schweitzer, Big Business in the Third Reich, S. 240 und S. 288

3 RgBl I, S. 488

4 Günther, Die geistigen Grundlagen, Festschrift Böhm, S. 183 ff, S. 186

B. Die Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg bis 1957.

Die Entwicklung der Konzentrationskontrolle nach dem zweiten Weltkrieg wurde anfänglich überwiegend von zwei Faktoren geprägt:

Einmal wurde die ordnungspolitische Situation der ersten Nachkriegsjahre in den westlichen Besatzungszonen des ehemaligen Deutschen Reiches durch die alliierten Dekartellierungs- und Entflechtungsmassnahmen bestimmt. Als wichtigste Grundlagen gelten das Gesetz Nr. 56 der amerikanischen- und die Verordnung Nr. 78 der britischen Militärregierung, beide vom 28. Januar 1947, und die am 9. Juni 1947 erlassene Verordnung der französischen Militärregierung.

Ziel dieser Regelungen war die wirtschaftliche Entmachtung Deutschlands¹. Seine wirtschaftliche Fähigkeit, neue Kriege zu führen sollte zerstört werden². Die internationale politische Entwicklung und namentlich das Entstehen und die Intensivierung des kalten Krieges führte jedoch zu anderen sicherheitspolitischen Zielsetzungen der Westmächte.

Denn die Bedrohung des Weltfriedens durch Deutschland erschien bald nicht mehr so ernsthaft wie die Bedrohung des Weltfriedens, welche damals von der Sowjet-Union ausging³.

In dem Directive⁴ JCS 1779 an die Militärregierung vom Juli 1947 wurde als Primärziel der Wiederaufbau Westdeutschlands und damit die Stärkung des westlichen gegen die Sowjet-Union gerichteten Wirtschaftspotentials.

1 Vgl. die Präambel zum Gesetz Nr. 56 und zur Verordnung Nr. 78

2 Als das Demontage-Programm im Jahre 1951 definitiv fallen gelassen wurde, waren 667 Betriebe im Wert von ca. 708,5 Mill. RM (1938) vernichtet

3 Dazu Robert, Konzentrationspolitik, S. 89 ff. m.w.N.

4 Directive to the Commander in Chief of the U.S. Forces of Occupation

In diese Entwicklung passt auch das BICO-Memorandum vom 29. März 1949¹, betreffend die "Deutsche Teilnahme an der Entkartellierung", in dem die deutsche Verwaltung des vereinigten Wirtschaftsgebietes beauftragt wurde, ein Gesetz gegen Handelsmissbräuche vorzubereiten.

Das vorzulegende deutsche Gesetz sollte auf den Grundlagen des Kapitels V der Havanna-Charta für eine Internationale Handelsorganisation vom 24. März 1948 beruhen.

Zu der Hauptforderung dieser Charta gehörte die Beseitigung handelshemmender Kartellvereinbarungen, wobei ein Verbot und die Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 46 der Charta nur dann statthaft sein sollte, wenn sie auf die Ausdehnung der Produktion oder des Handels einen nachteiligen Einfluss hätten und das Erreichen der Ziele der Charta verhinderten².

Zum anderen war für die Entwicklung der Konzentrationskontrolle in den Nachkriegsjahren die ordoliberalen Wettbewerbskonzeption von grosser Bedeutung. Kennzeichnend für sie ist das Modell des vollständigen Wettbewerbs³.

Voraussetzung für einen solchen Wettbewerb ist die Streuung der wirtschaftlichen Macht über eine grosse Zahl von Marktteilnehmern in der Masse, dass eine gezielte private

1 Bipartite Control Office, Memo 4930, Wirtschaftsrat des vereinigten Wirtschaftsgebietes, Drucks. 1949, Nr. 1093

2 Dazu im Einzelnen: Günther, Das neue Wettbewerbsrecht und die Havanna Charta, BB 1949, S. 731 ff.; Kartte, Ein neues Leitbild, S. 16

3 Grundlegende Darstellungen: Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, (1940), 8. Aufl. 1965; ders., Grundsätze der Wirtschaftspolitik, (1952), 3. Aufl., 1967; Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft (1937)

Marktbeeinflussung nicht mehr möglich ist¹.

Die zentrale Lenkung des Marktes und des ganzen Wirtschaftsprozesses liegt weder beim Staat, noch bei privaten Interessengruppen, sondern ausschliesslich beim Markt.

Die einzelnen Anbieter und Nachfrager können den Preis nicht beeinflussen.

Insoweit unterscheidet sich der Ordoliberalismus grundsätzlich nicht vom klassischen Liberalismus. Der Unterschied liegt vielmehr darin, dass nach Auffassung der Ordo-Liberalen die Wettbewerbspolitik und darüberhinaus die Wirtschafts- und Rechtspolitik dafür zu sorgen haben, dass auf möglichst vielen Märkten Wettbewerb durchgesetzt wird im Sinne des vollständigen Wettbewerbs. Wenn sich aber auf bestimmten Märkten aus irgendwelchen Gründen dieser Wettbewerb nicht durchsetzen lässt, dann muss ein anderes Ordnungsprinzip an seine Stelle treten, nämlich die unmittelbare staatliche Lenkung.

Diese Theorie der Ordo-Liberalen, die Wirtschaftspolitik der Weimarer Republik, der zweite Weltkrieg und das Vorgehen der alliierten Besatzungsmächte bilden den ordnungspolitischen Hintergrund des am 5.7.1949 vorgelegten Entwurfs zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, des sogenannten Josten-Entwurfs².

1 Vgl. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 73 ff.; Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, S. 8 ff.; dazu Rittner, § 22 GWB im Spannungsfeld, Festschrift Hartmann, S. 251 ff., 256; Schouten, Grundsagen, dl. 2, S. 24 ff.

2 Auszugsweise abgedruckt bei Klaue u.a., Zur Problematik, S. 133 f.; siehe dazu weiter Günther, Die geistigen Grundlagen, aaO, S. 183; Robert, Konzentrationspolitik, S. 74 ff.

Dieser Entwurf umfasst neben einer Legaldefinition des Zusammenschlussbegriffs in § 4¹ u.a. ein absolutes Kartellverbot, von dem lediglich das Monopolamt Ausnahmewilligungen erteilen konnte (§ 52), Vorschriften zur Entschachtelung von Interessengemeinschaften, Konzernen, Konsortien und ihrer Mischformen, Vorschriften zur Ausgliederung von Einzelunternehmen in einzelne sich selbst tragende Unternehmen ohne wirtschaftliche Macht (§ 15 ff.).

Der Josten - Entwurf scheiterte aus verschiedenen Gründen. Vor allem die Tatsache, dass der Entwurf mit seinem absoluten Kartellverbot und seinen ausführlichen, weitgehenden Entflechtungsbestimmungen über den Rahmen, den die Alliierten in dem BICO-Memorandum in Verbindung mit der Havanna-Charta für ein deutsches Wettbewerbsgesetz gezogen hatten, hinausging, hat sicherlich zu diesem Scheitern beigetragen².

Der Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 13. Juni 1952³ unterschied in seiner Gliederung zwischen Kartellen (§ 1 ff.), marktbeherrschenden Unternehmen (§17) und Zusammenschlüssen (§§ 18-21). In § 18 sah der Entwurf eine Erlaubnispflicht für Zusammenschlüsse vor, sofern diese das Erreichen einer marktbeherrschenden Stellung zur Folge haben würden; ausserdem sollte gem. §§ 20, 21 des Entwurfes die Möglichkeit eingeführt werden, nicht genehmigte, vollzogene Zusammenschlüsse wieder aufzulösen.

1 Als Zusammenschlüsse von Unternehmen galten im Josten-entwurf Kartelle, kartellähnliche Verständigungen, Interessengemeinschaften, Pools, Konzerne und schliesslich Konsortien, Einflussnahmen und Stimmrechtsbindungen

2 so Rittner, § 22 GWB im Spannungsfeld, Festschrift Hartmann, S. 251 ff., 259; Günther, Die geistigen Grundlagen, Festschrift Böhm, S. 183 ff., 197 f.

3 BT-Drucksache I/3462, auszugsweise bei Klaue u.a., Zur Problematik, S. 139 f.

Die diesen Bestimmungen unterliegenden Zusammenschlusstatbestände wurden in § 19 aufgezählt. Nach einem ersten Scheitern des Gesetzentwurfes¹, wurde der Entwurf von 1952, am 22. Januar 1955 mit Änderungsvorschlägen des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des ersten deutschen Bundestages und mit Änderungsvorschlägen des Bundesrates vom 21. Mai 1954, dem Bundestag zum zweiten Male vorgelegt².

Während den weiteren Beratungen wurden noch der sog. Isay-Entwurf, der Höcherl-Entwurf³, und der Böhm-Entwurf⁴ dem Bundestag vorgelegt. Nach langem Zögern wurde dann 1957 das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen angenommen⁵. Das Gesetz hatte die im Regierungsentwurf 1952/1955 vorgesehene Erlaubnispflicht für Zusammenschlüsse nicht übernommen. Der wirtschaftspolitische Ausschuss des zweiten deutschen Bundestages hatte die entsprechenden Regierungsvorschläge abgelehnt, insbes. wegen der Befürchtung, dass eine derartige Erlaubnispflicht die "vom volkswirtschaftlichen Standpunkt her begrüßenswerte Tendenz zur optimalen Betriebsgröße" verhindern könnte⁶.

In das Gesetz wurde sodann nur eine Anzeigepflicht für bestimmte Zusammenschlüsse aufgenommen. Diese Anzeigepflicht diente nur dazu, den Behörden einen Überblick über die Konzentration in der Wirtschaft zu sichern.

Die in § 23 Abs.2 in der Fassung 1957 aufgezählten Zusammenschlusstatbestände sind erheblich kürzer gefasst als im Regierungsentwurf 1952. Sie hatten nur noch Bedeutung für die Anzeigepflicht und waren folglich "lediglich statistischen Charakters"⁷.

1 Vgl. für die Gründe des Scheiterns: Robert, Konzentrationspolitik, S. 186

2 BT-Drucks. II/1158, Anlagen 1 und 2

3 BT-Drucks. II/1253

4 BT-Drucks. II/1269

5 BGBl. I, S. 1081

6 Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des II. Bundestages zu § 18 des Regierungsentwurfs 1952, S.27
BT-Drucks. II/3644

7 Müller-Gries, Kommentar, § 23, Rdn. 1

C. Die Periode zwischen 1957 und der Novelle 1973.

Die folgenden Jahre brachten erneut eine Zusammenschlusswelle. Während es in den Jahren 1958 bis 1960 in der Bundesrepublik im Durchschnitt je 17,3 anzeigenpflichtige Zusammenschlüsse gegeben hatte, waren es in den Jahren 1961 bis 1964 schon je 32,2, von 1965 bis 1967 52,7, von 1967 bis 1970 125,7 und 1971 bis 1974 schon 262,5¹. In Zusammenhang mit dieser zunehmenden Unternehmenskonzentration setzte sich auch die wettbewerbspolitische Diskussion um die Vor- und Nachteile einer Beschränkung des externen Unternehmenswachstums fort². Auch die ohnehin schon respektable Reihe der Gesetzesentwürfe wurde wieder verlängert:

Der SPD-Entwurf 1964³ für eine GWB-Novelle sah in erster Linie eine Erweiterung der Zusammenschlusstatbestände, aber keine Eingriffsbefugnisse vor⁴.

1 Quellen: Tätigkeitsbericht BKartA 1970, BT-Drucks. VI/2380, S. 40; Tätigkeitsbericht BKartA 1973, BT-Drucks. VII/2250; vergl. auch den Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 29. Februar 1964, BT-Drucks. IV/2320

2 Aus der Literatur vgl. nur: Benisch, Die Kompetenzenverteilung, WuW 1970, S. 717 ff. v. Brunn, Gedanken und Vorschläge, WuW 1972, S. 145 ff.; Günther, Probleme der Fusionskontrolle (1970); Kartte, Fusionskontrolle, BB 1969, S. 1405 ff.; ders., Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1963, S. 565 ff.; Klaue u.a., Zur Problematik (1971); Raisch u.a., Fusionskontrolle (1970); Rittner, Konzentrationskontrolle, aber wie?, DB 1970, S. 669 ff. und 717 ff., jeweils m.w.N.

3 BT-Drucks. IV/2337

4 Vgl. aber den SPD-Entwurf 1960, BT-Drucks. III/2293

Die Novelle 1965¹ erweiterte zwar die Anzeigepflicht des § 23 Abs.1 durch die Einführung absoluter Grössenkriterien, gab jedoch ebenso wenig wie das Gesetz in der Fassung von 1957 und der SPD-Entwurf von 1964 den Kartellbehörden die Befugnis in Zusammenschlüsse von Unternehmen einzugreifen².

Die beiden Referentenentwürfe von 1970³, und der Regierungsentwurf 1971 eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁴ sahen schliesslich in § 24 die Einführung einer eingreifenden Zusammenschlusskontrolle vor.

Kriterium für die Untersagung eines Zusammenschlusses war das Erreichen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung⁵.

Der in § 23 Abs.2 der Entwürfe vorgesehene Zusammenschlusskatalog musste im Hinblick auf die Einführung einer eingreifenden Zusammenschlusskontrolle ergänzt werden, weil sich das Gesetz nicht mehr, wie vorher, mit dem Erfassen einiger typischer Zusammenschlussformen begnügen konnte⁶.

Die Novelle 1973 übernahm die Vorschläge des Regierungsentwurfes 1971 zur Einführung einer Zusammenschlusskontrolle und zur Erweiterung der Zusammenschlusstatbestände.

1 BGBl. I S. 37

2 Vgl. schriftlicher Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses des Bundestages zum Regierungsentwurf 1964, zu § 24, BT-Drucks. IV/2564, S. 7

3 Der erste Referentenentwurf vom 20.3.1970 und der zweite Referentenentwurf vom 28.10.1970

4 BT-Drucks. VI/2520

5 Der erste Referentenentwurf fügte noch hinzu: ... oder wenn auf einer anderen Weise die Voraussetzungen für einen wesentlichen Wettbewerb beseitigt werden ...

6 So die Begründung zum ersten Referententwurf zu § 23, S. 81

2. Kapitel.

Der Zweck der Konzentrationskontrolle.

Weder die Vorschriften über die Konzentrationskontrolle noch die sonstigen Vorschriften des GWB enthalten eine Legaldefinition des Schutzgegenstandes oder des Gesetzeszwecks.

Die Begründung zum Regierungsentwurf 1955¹ formulierte als Vorstellung eines Schutzobjektes: die Realisierung "der vollständigen Konkurrenz" und die "Marktform des vollkommenen Wettbewerbs", wobei offensichtlich an die Grundkonzeption der Ordo-Liberalen angeknüpft wird².

Auf eine gesetzliche Definition des Begriffs Wettbewerb als Schutzobjekt des GWB wurde jedoch verzichtet, da es sich um einen noch nicht "ausgebildeten neuen Rechtsbegriff" handle, der viel zu vielschichtig sei, um ihm direkt schon eine Aussage entnehmen zu können³.

In der Begründung zum Regierungsentwurf 1971 ist die Rede von einer zentralen Bedeutung der Wettbewerbspolitik für die Erhaltung und Weiterentwicklung einer freiheitlichen und sozialen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung⁴. Die marktwirtschaftliche Ordnung verspreche nicht nur ein möglichst gutes ökonomisches Ergebnis und eine preisgünstige Versorgung der Verbraucher, sie verschaffe darüber hinaus allen Bürgern ein Höchstmass an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit. Wettbewerb soll deswegen in möglichst allen Wirtschaftsbereichen durchgesetzt werden und vor Vermachtung schützen.

1 Begründung zum Regierungsentwurf 1955, BT-Drucks. II/1158, Teil A IV und V

2 Rittner, § 22 GWB im Spannungsfeld, in: Festschr. Hartmann, S. 251 ff., 259

3 So der Ausschuss für Wirtschaftspolitik zum Regierungsentwurf 1955, BT-Drucks. II/3644, S. 13

4 BT-Drucks. VI/2520, S. 15 f.

Da Unternehmenskonzentration den Wettbewerb ebenso beeinträchtigen könne wie Kartellierung, indem sie den Ansporn zur Leistung und zur Verwirklichung des Fortschritts vermindere, sei sie einer Kontrolle zu unterwerfen. Eine derartige Kontrolle dürfe aber nicht zu einem Dirigismus führen. In der Marktwirtschaft gelte jedoch der Vorrang der unternehmerischen Dispositionsfreiheit nur solange, wie der Gebrauch der Freiheit nicht zur Vermachtung der Märkte und somit zur Beseitigung des Wettbewerbs und der Freiheit der Anderen führe¹.

Diesen weitläufigen Grundsatzserklärungen ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber mit den Bestimmungen der Konzentrationskontrolle einerseits den Wettbewerb wegen bestimmten Eigenschaften, wie Ansporn zur Leistung und Verwirklichung des Fortschritts, schützen und in allen Bereichen durchsetzen will. Zum anderen sei aber auch den Bürgern ein Höchstmass an wirtschaftlicher Bewegungsfreiheit zu gewähren und dürfe eine Konzentrationskontrolle nicht zu einem Dirigismus führen.

Nicht beantwortet wird jedoch die Frage, wie eine solche Vielzahl von wichtigen, aber anscheinend entgegengesetzte Aufgaben, miteinander in Übereinstimmung gebracht werden können.

In der Literatur besteht schon seit längerer Zeit eine ausführliche Diskussion über den Schutzzweck des GWB, vor allem in Zusammenhang mit der Auslegung des § 1².

1 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO

2 Eine Literaturübersicht findet sich bei Benisch, Kartellrecht, WuW 1961, S. 764 ff.; Sauter, Der Begriff "Wettbewerb", Diss. Mainz 1964, S. 74 ff.; Koenigs, Wechselwirkungen, NJW 1961, S. 1041 ff.

Interessant an dieser Diskussion sind vor allem die Parallelen zu dem scheinbaren Widerspruch in der Regierungsbegründung.

Nach den vertretenen Auffassungen lassen sich zwei Hauptfunktionen des Wettbewerbs unterscheiden: Einerseits wird der Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft gesehen. Er erfüllt diese Funktion, indem er mittels der Marktmechanismen für die in der freien Marktwirtschaft gebotene Effektivität und Leistung sorgt. Der Wettbewerb gilt in diesem Sinne als Gebot "ökonomischer Nützlichkeit"¹.

Zum anderen wird der Wettbewerb als rechtliches Ordnungsprinzip gesehen, indem der Schutz der wirtschaftlichen Handels- und Entscheidungsfreiheit des einzelnen Marktteilnehmers als entscheidend bezeichnet wird. In diesem Zusammenhang gilt der Wettbewerb als Individualschutz².

Dass hier ein Gegensatz der beiden Funktionen bestehe, wird überwiegend verneint³. Denn die ökonomische Steuerungsfunktion des Wettbewerbs ist nur gegeben, insoweit der Marktteilnehmer frei nach Marktgegebenheiten seine Fähigkeiten und Mittel für seine eigenen, frei gewählten Zwecke einsetzen kann⁴.

1 Dazu Hoppmann, Zum Problem, in: Grundlagen, S. 9 ff., S. 12, S.13; ders.: Zum Schutzobjekt in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 63 ff., S.65; Rittner, Ausschliesslichkeitsbindungen, S. 74 ff.; Würdinger, Freiheit, WuW 1953, S. 721 ff., 725; Ballerstedt, Kartellverbot, JZ 1956, S. 267 ff., 271

2 Dazu im Einzelnen: Rittner, Ausschliesslichkeitsbindungen, S. 77 ff.; Fikentscher, Wettbewerb, S. 223 ff., 227 ff.

3 Vgl. z.B. Mestmäcker, Über die normative Kraft, JZ 1964, S. 441 ff., 442: "ein unfruchtbarer und irre-führender Gegensatz"; Steindorff, Zweckmässigkeit, S. 10 ff.

4 Hoppmann, Zum Problem, aaO, S. 15

Die Freiheit des einzelnen Wirtschaftssubjekts findet ihre Grenzen in den Freiheitsbereichen der Wettbewerber.

Giersch¹ unterscheidet dann in diesem Zusammenhang zwischen der den Marktteilnehmern formal zustehenden Handlungsfreiheit, die identisch sei mit der Gleichheit vor dem Gesetz und dem Schutz vor staatlicher Willkür² und der materialen Freiheit als "dem Vermögen, im Rahmen der formalen Freiheit und der durch die Sitte gezogenen Grenzen selbstgesteckte Ziele zu verwirklichen". Übertragen auf den Begriff der ökonomischen Macht bedeutet dies, dass der wirtschaftlich Ohnmächtige trotz aller formalen Freiheiten, die ihm gegeben sein mögen, unfrei ist; nur wer Macht habe, könne die Chance nützen, die die formale Freiheit ihm gewährt³.

Diese Darstellung von Giersch illustriert, dass die Gefährdung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit des einzelnen Wirtschaftssubjektes und sodann des Funktionierens des Marktmechanismus von zwei Seiten kommen kann.

Einerseits würde z.B. die Anwendung des "übersteigerten Rigorismus"⁴ der Ordo-Liberalen dort zu einem kollektiven Zwang führen, wo der vollständige Wettbewerb nicht von selbst zustande kommt⁵.

Die bedingungslose Machtzersplitterung, wie sie der Ordoliberalismus verlangte und der damit zusammenhängende staatlich organisierte Als-ob-Wettbewerb, würde in dieser Hinsicht zu einer "Als-ob-Freiheit" führen⁶.

1 Allgemeine Wirtschaftspolitik, S. 72 ff.

2 Vgl. z.B. Art.2 Abs.1 Satz 1 GG, oder Art.11, 12 und 14 GG

3 Giersch, Allgemeine Wirtschaftspolitik, S. 73 ff.

4 So Rittner, § 22 GWB im Spannungsfeld, in: Festschrift Hartmann, S. 251 ff, 259

5 Siehe oben S. 8 f.

6 So Schouten, Grondslagen II, S. 26 ff.

Das Ergebnis eines solchen Wirtschaftssystems wäre eine rigide Marktstruktur, wobei der Handlungs- und Entscheidungsspielraum für jeden feststeht¹. Der Wettbewerb auf einem solchen Markt wäre eine "staatliche Veranstaltung"², in dem Sinne, dass der Staat jeweils die konkreten Ziele für den Wettbewerb feststellt und dem einzelnen Marktteilnehmer vorschreibt, wie er sich auf dem Markt zu verhalten hat³. Dies könnte u.U. dazu führen, dass der Staat den Marktsubjekten verbieten müsste, freiwillig auf ihr Recht auf freien Wettbewerb zu verzichten⁴.

Andererseits wird die Entscheidungsfreiheit des Marktteilnehmers von den anderen Individuen gefährdet, indem er entweder unter den Zwang von anderen gerät oder der freie Tauschverkehr von Waren durch andere Marktsubjekte beschränkt wird⁵. Denn eine sich selbst überlassene Marktwirtschaft tendiert von sich aus grundsätzlich nicht zur Erhaltung des Wettbewerbs, sondern zu einer Vermachtung der einzelnen Märkte⁶; unangemessene Marktmacht eines oder mehrerer Marktteilnehmer ist dann identisch mit "nicht hinreichendem Ausmass an Wettbewerbsfreiheit für andere Marktteilnehmer"⁷. Dies hat dann zur Folge, dass der Marktmechanismus, der mittels Preis, Angebot und Nachfrage für die ökonomische Vorteilhaftigkeit, wie Wachstum, Entfaltung technischer Fortschritte, Leistungssteigerung u.a. sorgt⁸, nicht mehr funktioniert⁹.

1 Eine Wettbewerbsfunktion, die auch schon als Schlafmützenkonkurrenz bezeichnet wurde

2 Miksch, Wettbewerb als Aufgabe, S. 8 ff.

3 Vgl. Rittner, § 22 GWB im Spannungsfeld, aaO, S.255,256

4 So Kartte, Ein neues Leitbild, S. 22; zu einem möglichen Konflikt mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen: Rittner, aaO, S. 257

5 Hoppmann, Fusionskontrolle, S. 12

6 Schneider, Beeinflussung, in: Konzentration, S. 437 f., 439

7 Hoppmann, Zum Problem, in: Grundlagen, S. 9 ff., 16

8 Hoppmann, aaO, S. 21 f.

9 Schneider, Beeinflussung, aaO, S. 442

Gerade dies soll verhindert werden. Der Staat soll durch adäquate Spielregeln nicht nur die formale, sondern auch die materiale Freiheit der Marktteilnehmer schaffen und sichern¹. Eine solche Wettbewerbspolitik soll nicht von der Illusion des vollständigen Wettbewerbs, sondern vielmehr von dem realen Wettbewerb auf den einzelnen Märkten ausgehen, wobei dann deren Besonderheiten und dem "dynamischen Charakter" Rechnung zu tragen ist. Diese Politik knüpft somit an dem von Clark² entwickelten Begriff der "workable competition" an.

Bei dieser Wettbewerbspolitik werden Marktunvollkommenheiten nicht, wie bei der vollständigen Konkurrenz, direkt abgebaut, sondern verschwinden erst langsam. Diese Marktunvollkommenheiten führen zu Vorrangstellungen bestimmter Marktteilnehmer und sind sowohl Folge initiativer als auch Voraussetzung für imitative Wettbewerbshandlungen. Zentrales Problem dieser Theorie ist sodann, die wettbewerbspolitisch wünschenswerten von den unerwünschten Marktunvollkommenheiten zu unterscheiden³.

Auch die im Rahmen der Konzentrationskontrolle zu führende Wettbewerbspolitik wird sich mit dieser Unterscheidung auseinandersetzen haben, zu deren problematischer Anwendung schon Wessels bemerkte:

1 Dazu Hoppmann, Fusionskontrolle, S. 11, 12

2 Clark, Competition as a Dynamic Process, 1961; Vgl. dazu Hoppmann, "Workable Competition", in: Festschrift Wessels, S. 145 ff.; Günther, Zehn Jahre BKartA, in: Zehn Jahre BKartA, S. 11 ff., 12: "Eine Rezeption des Konzeptes "workable or effektive competition" in die deutsche Wettbewerbstheorie ist erst Anfang und Mitte der 60er Jahre in zunehmendem Masse erfolgt"

3 Hoppmann, Workable Competition, aaO, S. 154

"Spricht der Wissenschaftler die Überzeugung aus, der vollständige Wettbewerb sei unter den Bedingungen einer modernen, dynamischen Volkswirtschaft nicht realisierbar, so macht er sich u.U. ungewollt zum Anwalt einer Politik, die eine immer stärkere Aushöhlung des Wettbewerbs herbeiführt. Seine Feststellungen werden von Wirtschaftspolitikern sehr oft zu einem Plädoyer für Massnahmen missbraucht, die mit jeder Form des Wettbewerbs nicht vereinbar sind"¹.

Denn nicht jeder Konzentrationsvorgang ist per se wettbewerbsschädigend. Als Mittel zur Realisierung technischen Fortschritts sind Unternehmenszusammenschlüsse oft notwendig². Aber andererseits verringert jeder Zusammenschluss von Unternehmen die Zahl der selbständig planenden und entscheidenden Unternehmenseinheiten und führt somit zu Ballung wirtschaftlicher Macht³.

Eine übermässige Ballung wirtschaftlicher Macht hat aber ggfs. nicht nur ökonomische Folgen, wie Wettbewerbsgefährdung, sondern bedeutet allgemein eine potentielle Gefahr für die freiheitliche Ordnung, da von Machtballungen politischer Einfluss ausgehen kann⁴.

"Ob morgen die IG Farben-Nachfolger oder die Grossbanken oder die deutschen Automobilunternehmen sich zu einem einzigen Konzern zusammenschliessen geht längst nicht mehr allein die Verwaltung der betreffenden Gesellschaften und ihre Aktionäre allein an"⁵.

1 Wessels, Wirtschaftspolitische Konzeptionen, in: Festgabe Müller-Armack, S. 19 ff., 23

2 So die Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16

3 BGH, Kfz-Kupplungen, Beschl. v. 21.2.1978, WuW/E BGH S. 1501 ff., 1506 (sub III, 2, a)

4 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO

5 Rittner, Konzentrationskontrolle, BD 1970, S. 669 ff., 673

Dementsprechend soll die staatliche Konzentrationskontrolle, als Beweis des "Präsenz des Staates"¹, die Entstehung oder Verstärkung ungleichgewichtiger Machtballungen verhindern. Dazu muss zunächst die Konzentrationsbewegung in der Wirtschaft überwacht werden, und sodann, falls eine Änderung der Marktstruktur durch Unternehmenskonzentration zu wettbewerbspolitisch unerwünschten Marktunvollkommenheiten führt, zum Eingriff mittels Untersagung, beziehungsweise Dekonzentration, übergegangen werden.

¹ Vgl. Kartte, Ein neues Leitbild, S. 74;
Rittner, Konzentrationskontrolle, DB 1970, S. 669 ff.,
673

3. Kapitel.

Die allgemeinen Grundzüge der deutschen Konzentrationskontrolle.

Das geltende Recht der Konzentrationskontrolle kennzeichnet sich durch die drei folgenden Regelungen:

- § 23 Abs. 1 sieht bei Vorliegen bestimmter Kriterien eine Anzeigepflicht vollzogener Zusammenschlüsse vor.
- § 24a öffnet die Möglichkeit, Zusammenschlüsse vor ihrem Vollzug anzumelden; falls ein vorgesehener Zusammenschluss bestimmte Kriterien erfüllt, entsteht eine Anmeldepflicht des Zusammenschlussvorhabens.
- § 24 ordnet an, dass die Kartellbehörden unter bestimmten Voraussetzungen einen Zusammenschluss untersagen.

A. Die Regelung der Anzeigepflicht.

I. Voraussetzungen und grundlegende Rechtsfolge.

In § 23 wird die Verpflichtung statuiert, einen Zusammenschluss von Unternehmen nach dessen Vollzug dem Bundeskartellamt unverzüglich anzuzeigen, falls die beteiligten Unternehmen durch ihn bestimmte Größenmerkmale erreichen.

Die Anzeigepflicht entsteht zunächst, wenn im gesamten Geltungsbereich des Gesetzes oder in einem wesentlichen Teil desselben durch den Zusammenschluss ein Marktanteil von mindestens 20 % erreicht oder erhöht wird, oder ein beteiligtes Unternehmen auf einem anderen Markt als dem des Zusammenschlusses einen Anteil von mindestens 20 % hat. Bis zur ersten GWB-Novelle von 1965¹ war das Erreichen oder Erhöhen eines Marktanteils von 20 % das einzige Anzeigekriterium. Der Ausschuss für Wirtschaftspolitik des zweiten deutschen Bundestages hatte während der Behandlung des Ent-

¹ BGBl. I S. 37

wurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gemeint, dass jede Unternehmensleitung sich wenigstens darüber klar sein würde, welchen Marktanteil das eigene Unternehmen besitze¹. Dies stellte sich aber nach den ersten Erfahrungen mit dem GWB in praxi als eine Fehleinschätzung heraus. Es liess sich oft nicht rasch und sicher feststellen, ob das Merkmal von "20 % oder mehr" erfüllt war². Um die bei den beteiligten Unternehmen bestehende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, wurde die Pflicht zur Anzeige ausser an den Marktanteil (mit der Novelle 1965) wahlweise an die absolute Grösse der beteiligten Unternehmen geknüpft, wie Umsatz, Zahl der Beschäftigten und Bilanzsumme. Diese Kriterien wurden gewählt, da man annahm, sie seien leicht zu ermitteln und gäben am wenigsten Anlass zu Zweifeln³.

Somit entsteht gem. § 23 Abs.1 Nr. 2 auch eine Anzeigepflicht, wenn die beteiligten Unternehmen insgesamt zu einem Zeitpunkt innerhalb des letzten vor dem Zusammenschluss endenden Geschäftsjahres mindestens 10.000 Beschäftigte oder in diesem Zeitraum Umsatzerlöse von mindestens 500 Mio DM hatten.

Seit der dritten Novelle von 1976⁴ genügt im Falle von Pressezusammenschlüssen schon eine Umsatzzahl von 25 Mio DM.

Wenn ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 AktG oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG ist, dann sind gem. § 23 Abs.1 Satz 2 für die Berechnung der Marktanteile,

1 Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu BT-Drucks. 2/3644

2 Zur Problematik des Begriffs des relevanten Marktes vgl. etwa Übersicht bei Kleinmann Bechtold, Kommentar, § 22 Rdn. 6 ff., m.w.N.

3 So die Begründung zum Regierungsentwurf der ersten GWB-Novelle, BT-Drucks. IV/2564 zu Art.1, Nr.12, S. 17

4 BGBl. I, S. 1997

5 Aktiengesetz v. 6.9.1965, BGBl. I, S. 1089

der Beschäftigtenzahlen und der Umsatzerlöse die so verbundenen Unternehmen als einheitliches Unternehmen zu betrachten. Durch diese "Verbundklausel" soll sicher gestellt werden, dass Unternehmensgruppen, die wegen gegenseitiger Verflechtungen in der Regel eine wettbewerbliche Einheit bilden, auch für die Bestimmung der Anzeigekriterien als Einheit angesehen werden¹.

Dasselbe gilt nach der sog. "Mehrmütterklausel", wenn mehrere Unternehmen aufgrund einer Vereinbarung derart zusammenarbeiten, dass sie gemeinsam einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können. Dann gilt also jedes von ihnen als herrschendes Unternehmen. Darüberhinaus gibt § 23 Abs.1 noch weitere Anweisungen über die Berechnung der Grössenvoraussetzungen "Umsatzerlöse" und Bilanzsumme.

§ 23 Abs.4 schreibt vor, wer zur Anzeige verpflichtet ist und Abs.5 bestimmt den Inhalt der Anzeige. Schliesslich enthält Abs.6 eine Auskunftspflicht, nach der das BKartA von den beteiligten Unternehmen nähere Angaben verlangen kann.

Aus der hier dargelegten Ausgestaltung der Anzeigepflicht und den Begründungen der entsprechenden Entwürfe geht hervor, dass die Anzeigepflicht an erster Stelle Enquetezwecken dient, wobei dem BKartA ein Überblick über die Konzentrationsbewegungen in der deutschen Wirtschaft verschafft wird².

1 So die Begründung zum Entwurf der zweiten Novelle, BT-Drucks. VI/2520, S. 26

2 Vgl. Begründung zum Referentenentwurf 1970, S. 90

II. Sonstige Rechtsfolgen¹.

1. Ordnungswidrigkeiten.

Nach § 39 Abs.1 Nr. 2 begeht eine Ordnungswidrigkeit, wer eine Anzeige nicht unverzüglich vornimmt oder unvollständige Angaben macht. Diese Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbusse bis zu 50.000 DM geahndet werden².

2. Zwangsmassnahmen.

Das BKartA kann nach herrschender Meinung die Erfüllung der Anzeigepflicht durch Anwendung von Zwangsmassnahmen durchsetzen³. Als Grundlage dafür wird das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VwVG) vom 27.4.1953⁴ betrachtet. Die Pflicht zur Anzeige ist eine unmittelbar aus dem Gesetz folgende öffentlich-rechtliche Verpflichtung, deren Vollziehung vom BKartA aufgrund des GWB und und allgemeinen Verwaltungsauftrags von der Behörde erzwungen werden kann⁵.

Gem. § 6 VwVG kann ein auf die Vornahme einer Handlung gerichteter, unanfechtbarer oder sofort vollziehbarer Verwaltungsakt mit Zwangsmitteln des § 9⁶ durchgesetzt werden.

3. Bekanntmachung der Anzeige.

Der Gesetzgeber hat die Veröffentlichung von Angaben über die der Konzentrationskontrolle vorliegenden Zusammenfassungen nicht einheitlich geregelt, sondern gibt an drei

1 Vgl. auch die Übersicht unten S.62

2 Vgl. etwa TB BKartA 1975, BT-Drucks. 7/5390, S. 44 f. Wegen fahrlässiger Verzögerung der Anzeige wurden vom BKartA gegen einige der dort genannten anzeigepflichtigen Unternehmen Geldbussen zwischen 2.000 und 6.000 DM verhängt

3 So Gutzler, Anwendung von Verwaltungszwang, NJW 1963, S. 521 ff., 523; Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 153 ff.; Kleinmann/Bechtold, Kommentar § 23, Rdn. 287 ff.

4 BGBI. I, S. 157

5 Vgl. BKartA, 11.8.1961, Automarkt, WuW/E S. 425 ff., 432; BKartA, 5.5.1969, Isolierwolle, WuW/E S. 1270 ff., 1272

6 Ersatzvornahme, Zwangsgeld, unmittelbarer Zwang

verschiedene Stellen Einzelregelungen über die Bekanntmachungspflicht:

§ 10 regelt die Bekanntmachungen im Bundesanzeiger, gem. § 50 hat das BKartA jährlich einen Tätigkeitsbericht zu veröffentlichen und schliesslich umfasst § 58 eine Regelung, welche die Bekanntmachung von Verfügungen der Kartellbehörde regelt.

Bei der schrittweisen Einführung einer Zusammenschlusskontrolle¹ hat der Gesetzgeber auch ganz punktuell die Bekanntmachungspflicht über Zusammenschlussvorgänge vorgesehen.

Gesetzestechisch geschah das nicht durch Verweisungen in der Regelung der Zusammenschlusskontrolle, sondern -umgekehrt- durch die Aufnahme entsprechender Hinweise in §§ 10, 50, 58. Dieses Vorgehen führt dazu, dass der Problembereich der Publizität bei Zusammenschlüssen uneinheitlich und schwer verständlich geworden ist. Darüberhinaus hat es rechtliche Zweifelsfragen mit sich gebracht².

Massgebend für die Anzeigepflicht sind die §§ 10 und 50. Gem. § 10 Abs.1 Nr.5 müssen die nach § 23 angezeigten Zusammenschlüsse im Bundesanzeiger bekannt gemacht werden. Nach § 10 Abs.1 Satz 4 ist § 23 Abs.5 Satz 1 entsprechend anzuwenden. Danach hat die Bekanntmachung die Form des Zusammenschlusses, die Firma oder sonstige Bezeichnung und den Ort, die Niederlassung oder den Sitz jedes beteiligten Unternehmens, sowie die Art des Geschäftsbetriebes zu enthalten³.

1 Siehe oben Kapitel 1, die historische Entwicklung

2 Vgl. Rittner, Publizitätsprobleme, Festschrift von Caemmerer, S. 623 ff.

3 Beispiel einer Bekanntmachung nach § 10:
Aus der Bekanntmachung Nr. 40/76 vom 11.5.1976,
Bundesanzeiger Nr. 100 vom 29.5.1976:
"30. Die Schweizerische Rückversicherungs-
Gesellschaft, Zürich, -Versicherung-
ist mit der
Bayerische Rückversicherung AG, München -Versicherung-
eine sonstige Verbindung eingegangen, aufgrund deren
sie auf dieses Unternehmen einen beherrschenden Ein-
fluss ausüben kann"

Obwohl das Gesetz keine bestimmten Veröffentlichungstermine vorschreibt, ist m.E. die Folgerung nicht zulässig, das Amt habe die Möglichkeit zur Anordnung einer vorläufigen Geheimhaltung¹. Ein Gebot zur Information der Öffentlichkeit könnte damit illusorisch gemacht werden.

Weiterhin sind die angezeigten Zusammenschlüsse gem. § 50 Abs.1 in den Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes aufzunehmen².

B. Die Regelung der präventiven Anmeldung gem. § 24 a.

I. Voraussetzungen und grundlegende Rechtsfolge.

Mit der Novelle 1973 wurde auch eine den Zusammenschlüssen vorausgehende Anmeldung eingeführt.

§ 24 a sieht die Möglichkeit und in besonders schwerwiegenden Fällen die Pflicht vor, Zusammenschlüsse vor ihrem Vollzug beim BKartA anzumelden. Eine Anmeldepflicht entsteht, wenn wenigstens zwei der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen "Umsatzmilliardäre" sind -eine sog. Elefantenhochzeit- und wenn ein Zusammenschluss nach Landesrecht durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt bewirkt werden soll.

1 So aber Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 284

2 Diese Veröffentlichung entspricht den Angaben welche im Bundesanzeiger gemacht werden (vgl. Fussn. 3, Seite 25)

Die Vorschrift verlegt einerseits den Zeitpunkt der Anzeige gegenüber § 23 vor, so dass den Kartellbehörden ermöglicht wird, den Zusammenschluss vor dem Vollzug gem. § 24 zu untersuchen. Auf diese Weise werden Schwierigkeiten vermieden, welche sich ergeben können, falls ein bereits vollzogener Zusammenschluss vom BKartA untersagt wird¹. Andererseits bleibt auch im Falle einer präventiven Anmeldung die Anzeigepflicht nach Vollzug des Zusammenschlusses bestehen². Die Kartellbehörden sollen erfahren, welche Zusammenschlüsse tatsächlich vollzogen wurden. Darüberhinaus muss festgestellt werden können, ob der Zusammenschluss entsprechend dem Ergebnis des vorbeugenden Verfahrens durchgeführt worden ist³.

II. Sonstige Rechtsfolgen⁴.

1. Ordnungswidrigkeiten.

Unrichtige oder unvollständige Angaben bei der Anmeldung, sei es, dass sie vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen, stellen gem. § 39 Abs.1 Nr.3 eine Ordnungswidrigkeit dar und können mit einer Busse bis zu 50.000 DM belegt werden. § 24 a Abs.4 verbietet den Vollzug eines anmeldepflichtigen Zusammenschlusses vor Ablauf der dort genannten Fristen. Rechtsgeschäfte welche gegen dieses Verbot verstossen, können gem. § 38 Abs.1 Nr. 8 juncto Abs.4 mit einer Geldbusse bis zu 100.000 DM und über diesen Betrag hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erzielten Mehrerlöses belegt werden.

1 Würdiger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 731

2 § 24 a Bs.3

3 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO, S. 33

4 Vgl. Übersicht S.62

2. Zwangsmassnahmen.

Im Gegensatz zur Anzeigepflicht, ist bei der Anmeldepflicht keine Erzwingung möglich. Während bei der Anzeige der Zusammenschluss als vollendete Tatsache vorliegt und die sich anschliessende Rechtspflicht zur Anzeige exakt feststeht, ist der Zeitpunkt, zu dem die Anmeldung zu geschehen hat, völlig unbestimmt. Ein Verwaltungszwangsmittel ginge somit ins Leere¹.

3. Zivilrechtliche Folgen.

Wie oben sub 1 schon bemerkt wurde, verbleibt § 24 a Abs.1 den Vollzug eines Zusammenschlusses vor Ablauf der dort genannten Fristen. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstossen, sind unwirksam. Das Gesetz sieht hier offenbar eine "schwebende Unwirksamkeit" vor, in dem Sinne, dass die zivilrechtliche Wirkung nicht endgültig ausgeschlossen ist². Der Zusammenschluss wird nämlich insbesondere durch Ablauf der in § 24 a Abs.4 genannten Viermonatsfrist mit rückwirkender Kraft voll wirksam³.

1 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 24 a, Rdn. 1o5

2 So OLG Düsseldorf, "Bürgermetzeler", WuW/E, S. 1833 ff., 1835; vgl. Lutter-Timm, Sanierungsfusion, BB 1976, S. 1617 ff.; Bechstein, Die Unwirksamkeit, BB 1977, S. 224 ff.

3 Rittner, Kapitalerhöhung, in: Festschr. M.Luther, S. 147 ff., 158; vgl. auch Lanzenberger, Rechtsfragen, in: Schwerpunkte 73-74, S. 29 ff., S. 44

C. Der Eingriffstatbestand.

Nicht alle gem. § 23 nach ihrem Vollzug angezeigten Zusammenschlüsse und nach § 24 a angemeldeten Zusammenschlussvorhaben unterliegen der eingreifenden Kontrolle nach § 24. Davon ausgenommen sind nämlich die Zusammenschlüsse, die unter die sog. Toleranzklausel des § 24 Abs. 8 fallen. Diese Klausel soll bewirken, dass die eingreifende Kontrolle nur auf schwerwiegende Fälle beschränkt wird¹.

So sind von der Zusammenschlusskontrolle gem. § 24 die Fälle ausgenommen, in denen die beteiligten Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr insgesamt Umsatzerlöse von weniger als 500 Mio DM hatten², sich ein Unternehmen mit Umsatzerlösen von weniger als 50 Mio DM einem anderen anschliesst³, sich die durch den Zusammenschluss ergebende Wettbewerbsbeschränkung nicht in einem wesentlichen Teil des Geltungsbereiches des Gesetzes auswirkt⁴, oder ein Markt betroffen ist, auf dem im letzten vor dem Zusammenschluss abgeschlossenen Jahr weniger als 10 Mio DM umgesetzt wurden⁵. Vor allem die Anschlussklausel des Abs.8 Nr. 2 hat wichtige Voraussetzungen geschaffen für den Erwerb kleinerer und mittlerer Unternehmen durch Grossunternehmen⁶.

1 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO, S. 32

2 § 24 Abs.8 Nr.1

3 § 24 Abs.8 Nr.2

4 § 24 Abs.8 Nr.3

5 § 24 Abs.8 Nr.4

6 Zur Bedeutung dieser Klausel siehe unten C. IV. Überblick über die bisherige rechtstatsächliche Entwicklung, S. 46

I. Die Rolle des BKartA beim Kontrollverfahren
nach § 24.

1. Die Voraussetzungen einer Untersagung durch das
Bundeskartellamt.

Zunächst hat das BKartA einen Zusammenschluss daraufhin zu untersuchen, ob durch ihn eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird (dazu unten sub a.). Hat das Amt diese Erwartung dargetan und bewiesen, so hat es den Zusammenschluss zu untersagen, sofern die beteiligten Unternehmen nicht nachweisen können, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen eintreten, und diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen (dazu unten sub b.)

a. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Wie auch aus den Ausführungen des Kapitel 2 hervorgeht¹, ist das Ziel der Konzentrationskontrolle, eine Marktmachtkonzentration zu verhindern, die die strukturellen Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt derart verändert, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist, oder von einer bestimmten Schwelle an der Wettbewerb noch mehr eingeschränkt wird, oder aber die Chance für ein Wiederaufleben des erlahmten Wettbewerbs sich noch mehr verschlechtert². Aus der Formulierung "ist zu erwarten" geht hervor, dass das Gesetz eine Prognose verlangt in Bezug auf die durch die Marktstrukturänderung verursachten Folgen für den Wettbewerb. Diese

¹ Siehe oben, S. 13 ff.

² So BGH, Kfz-Kupplungen, WuW/E, S. 1501 ff., 1506 (sub II, 2 a); vgl. auch BKartA, 4.2.1974, Haindl-Holtzmann, WuW/E, S. 1475 ff., 1479

Folgen können u.U. schon aus einem Vergleich der vor und nach dem Zusammenschluss bestehenden Stellung auf dem Markt nach Masstab der jeweiligen Wettbewerbsvoraussetzungen, ersichtlich sein. Darüberhinaus ist aber auch eine Vorausschau auf die künftige Wettbewerbsentwicklungen möglich und auch nötig, wenn sich aufgrund konkreter Umstände mit hoher Wahrscheinlichkeit sagen lässt, dass die mit dem Zusammenschluss geschaffenen Wettbewerbsbedingungen sich alsbald verschlechtern oder auch verbessern werden¹.

Ergibt also der Vergleich mit den mit dem Zusammenschluss geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen noch keine Änderung der marktbeherrschenden Stellung, so soll danach in einer kurz-,höchstens mittelfristigen Vorschau² auch die künftige Wettbewerbsentwicklung in die Prognose einbezogen werden³.

Diese Prognose ist mit grossen Unsicherheiten belastet⁴, was z.B. schon daraus hervorgeht, dass auch potentielle Wettbewerbsbereiche mit einbezogen werden müssen⁵.

1 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO, S. 29

2 Vgl. Huber, Das Entstehen, WuW 1975, S. 371 ff., 381; in: "absehbare Zeit"

3 So der BGH, Kfz-Kupplungen, WuW/E, BGH S.1501 ff., 1507

4 kritisch dazu, Bollack, Fusionskontrolle, (sub III,2,b) WRP, 1972, S. 22 ff., 27

5 Witzel, Ausgestaltung, S. 48

§ 24 Abs.1 knüpft in seinen Formulierungen an dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung des § 22 an, der somit auf diese Weise unmittelbarer Bestandteil des § 24 Abs.1 wird¹.

Auch die Marktbeherrschungsvermutungen des § 22 gelten nach überwiegender Ansicht für § 24 Abs.1².

1 Huber, Das Entstehen, WuW 1975, S. 371 ff., 380; ständige Entscheidungspraxis des BKartA, vgl. z.B. BKartA 18.11.1974, WuW/E, S. 1561 ff., 1564

2 Vgl. etwa Huber, aaO, S. 378; Lanzenberger, Rechtsfragen, in: Schwerpunkte 73-74, S. 41 ff.; S. 41 f.; Niederleithinger, Die Praxis, in: Schwerpunkte 74-75, S. 73 ff., 77; aA Wirz, Der Marktbeherrschungsbegriff, in: Auslegungsfragen, S. 41 ff., 42.

Das BKartA geht ohne weitere Begründung von der Anwendbarkeit der Vermutungen aus: vgl. Beschluss 7.1.1974, "Veba-Gelsenberg", S. 1457 ff.; 1458; Beschluss 4.2.1974, Haindl-Holzmann, WuW/E 1975.

Vgl. zu dieser Problematik auch Rittner, § 22 im Spannungsfeld, in Festschr.Hartmann, S. 251 ff., 262, der de lege ferenda eine Abkopplung der Missbrauchsaufsicht des § 22 und die Vorschriften der Konzentrationskontrolle befürwortet; dagegen die Monopolkommission, Hauptgutachten, Nr. 951-961, die in Zusammenhang mit der Anwendung des § 24 die Marktbeherrschungskriterien mit einer Reihe weiterer Vermutungen ausdehnen möchte, die das Vorgehen gegen Grossfusionen erleichtern sollen. Der Referentenentwurf zur 4. GWB Novelle hat die von der Monopolkommission vorgeschlagene Struktur in § 23 a übernommen.

Vgl. dazu: Kaiser, Fusionskontrolle oder Fusionsverbot, WuW 78, S. 344 ff.

Der Gesetzgeber rechnet die Beherrschungsvermutungen nach der Begründung zum Regierungsentwurf zur dritten GWB Novelle sogar zu den allgemeinen Bestimmungen der Konzentrationskontrolle¹.

Es muss aber gem. § 24 nicht nur untersucht werden, ob ein Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung herbeiführt, sondern es ist auch zu prüfen, ob er ggfs. eine schon vorhandene marktbeherrschende Stellung verstärkt². Dabei hat es sich um eine spürbare Verstärkung der Marktmacht zu handeln³. In der Begründung zum Regierungsentwurf 1971 wird dazu ausgeführt, dass auch die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung denkbar ist, ohne dass sich der Marktanteil erhöht⁴. Eine Verstärkung könne darin liegen, dass sich bei bereits bestehender Monopolstellung die Chance für ein Wiederaufleben unter veränderten Marktbedingungen sich verschlechtere⁵. Das BKartA hat unter Berufung auf diesen Abschnitt der Regierungsbegründung z.B. im Falle GKN - Sachs (Kfz-Kupplungen) aufgrund des "Zuwachses an Finanzkraft" eine Verstärkung der überragenden Marktstellung angenommen⁶.

1 BT-Drucks. 7/2954, Anlage I, S. 5

2 Dazu Huber, Das Entstehen, WuW 1975, S. 371 ff. S. 383 ff.

3 BKartA, GKN-Sachs, 12.5.1976, WuW/E, S. 1625 ff., 1628

4 BT-Drucks., VI/2520, S. 30

5 Begründung, aaO

6 12.5.1976, WuW/E, S. 1625 ff., 1628

Der BGH stimmt jedoch der Auffassung des BKartA nicht uneingeschränkt zu¹. Denn die mit einem Zusammenschluss geschaffenen Wettbewerbsvoraussetzungen, insbesondere diejenigen, die von den in § 22 Abs.1 Nr. 2 GWB genannten strukturellen Merkmalen betroffen sind, einschliesslich den unternehmensbezogenen Merkmalen, wie Finanzkraft und Verflechtung eines Unternehmens, sind auf den Einfluss zu prüfen, den sie auf den Verhaltensspielraum "beim Einsatz einzelner Aktionsparameter oder bei der Entwicklung unterschiedlicher Marktstrukturen" haben². Es muss also im Einzelfall festgestellt werden, ob und inwieweit sich ein Zuwachs von Ressourcen und Finanzkraft auf die Marktstellung auswirkt³.

Aus diesen Gründen ist ebenfalls Emmerichs Auffassung abzuweisen, dass der Erwerb privater Unternehmen durch die öffentliche Hand stets zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führe, weil "bei Erwerb eines Unternehmens durch den Staat stets die Marktanteile und Ressourcen des erworbenen Unternehmens mit denen aller anderen Unternehmen des erwerbenden Gemeinwesens zu addieren sind", und das Gemeinwesen aufgrund seiner Ressourcen per se marktbeherrschend sei⁴.

1 Beschl. v. 21.2.1978, Kfz-Kupplungen, WuW/E, S. 1501 ff., 1507 (sub II, 2)

2 BGH, Kfz-Kupplungen, aaO

3 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 24, Rdn. 18

4 Emmerich, Die öffentliche Unternehmung, AG 1976, S. 225 ff., 231

b. Die Abwägungsklausel.

Das BKartA darf einen Zusammenschluss nicht untersagen, wenn die beteiligten Unternehmen nachweisen können, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.

Die Aufnahme dieser "Wirz-Schaukel"¹ in das Gesetz wurde folgendermassen begründet: "Es kann jedoch vorkommen, dass ein Zusammenschluss, der zu einer marktbeherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt führt, in anderer Beziehung die Wettbewerbsvoraussetzungen verbessert. Auf diesem Gedanken beruht § 24 Abs.1 Nr. 2. Denkbar ist z.B., dass ein Zusammenschluss auf einem relativ unbedeutenden Markt zu einer marktbeherrschenden Stellung führt, während er auf gesamtwirtschaftlich wichtigeren Märkten die Wettbewerbsvoraussetzungen positiv verändert"².

Die Beweislast für die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen, sowie für ihr Überwiegen, beruht nach dem Wortlaut des Gesetzes bei den Unternehmen. Für die Beurteilung des Merkmals "Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen" sind alle Aspekte ungeeignet, die nicht die Marktstruktur betreffen und allenfalls zur kurzfristigen Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen führen³.

Dies hängt damit zusammen, dass sich auch die Feststellung, dass durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, auf die Marktstruktur bezieht.

1 Nach ihrem Urheber, Wirz, benannt

2 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO, S. 29

3 Monopolkommission, Sondergutachten 2, S. 31

Diese ungunstige Auswirkung auf die Marktstruktur kann nur durch qualitativ gleichwertige Gesichtspunkte aufgehoben werden¹.

Ein solcher Fall liegt vor, wenn ein Zusammenschluss die Wettbewerbsfähigkeit eines der beteiligten Unternehmen langfristig gewährleistet und ohne Zusammenschluss damit zu rechnen ist, dass dieses Unternehmen die Wettbewerbsfähigkeit verliert oder ganz vom Markt verschwindet und dadurch ein noch höherer Konzentrationsgrad bewirkt wird².

Auf einem Markt sind z.B. drei Anbieter A, B und C tätig. A besitzt einen Marktanteil von 40 %, B und C jeweils 30 %. Von diesen drei Unternehmen gerät B in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten.

Eine bevorstehende Liquidation wird voraussichtlich zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse führen, da nur noch zwei Anbieter übrigbleiben würden. Als einzige Rettungsmöglichkeit erscheint eine Übernahme durch ein anderes Unternehmen.

Interessiert zeigen sich dabei das auf demselben Markt tätige Unternehmen und der finanzstarke Aussenseiter X. Übernahme durch A würde wahrscheinlich an einer Untersagung durch das BKartA scheitern, da A durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung erreichen wird. Im Falle eines Zusammenschlusses zwischen B und X würden aber durch den Erhalt von drei Anbietern auf dem betreffenden Markt die Wettbewerbsverhältnisse im Vergleich zu den anderen Möglichkeiten verbessert. Beispielhaft ist hier die Entscheidung des BKartA im Falle Karstadt Neckermann. Dieser Zusammenschluss wurde nicht untersagt, weil nach Ansicht des Amtes durch Vermeidung der Liquidation von Neckermann vor allem in den Bereichen der Touristik und des Versandhandels eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen lag³.

Die Befragung dieses Unternehmensentscheidet sich aber nicht als Abwägungsstand. Dies liegt vor allem daran, dass eine Behörde nur schwer die Wirkung eines Zusammenschlusses auf die Leistungs-

¹ So Kleinmann Bechtold, Kommentar, § 24 Rdn. 54

² BKartA 4.2.1974, Haindl-Holtzmann, WuW E, S.1475 ff., 1482

³ Pressemitteilung v. 10.10.1976, Zusammenschluss Karstadt-Neckermann, kritische Monopolkommission, Sondergutachten 8, S. 10, 11.

fähigkeit der beteiligten Unternehmen voraussagen kann¹. Eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen aufgrund von Rationalisierungserfolgen, könnte nur dann vorliegen, wenn der Rationalisierungsvorteil an den Verbraucher weitergegeben werde².

Die Möglichkeit der Anerkennung von Rationalisierungsvorteilen zur Sicherung des technischen Fortschritts oder zur Erhaltung einer leistungsfähigen Exportwirtschaft ist als eventuelles gesamtwirtschaftliches Interesse im Rahmen der Ministererlaubnis nach § 24 Abs.2 zu untersuchen³.

Als Abwägungsgründe kommen weiter u.a. noch in Betracht die Fälle, in denen auf einem Markt zwar eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, zugleich aber auf einem anderen Markt die Wettbewerbsbedingungen verbessert werden.

Ein interessantes Beispiel hierfür liefert der Fall Gerresheimer Glas/Kaiser⁴.

Das BKartA hat hier eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens A bei Getränkeflaschen angenommen, weil es durch den Zusammenschluss mit B in die Lage versetzt werde, auch die absatzmässig verwandten Getränke-Dosen anzubieten. Das Amt hat demgegenüber jedoch eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen bei Getränkedosen gegenübergestellt, weil der Anbieter B auf diesem Markt gegenüber dem dominierenden C gestärkt wurde.

1 So Begründung zum Regierungsentwurf 1971, Drucksache VI/2520, S. 29

2 BKartA, WuW/E, "VEBA-Gelsenberg", S. 1475 ff., 1465; ebenso WuW/E, BKartA, "Bitumen-Verkaufsgesellschaft", S. 1517 ff., 1522

3 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 3, Rdn. 72

4 BKartA, TB 1974, BT-Drucks., 7/3791

2. Die Untersagung.

Wenn zu erwarten ist, dass durch einen Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird, und die beteiligten Unternehmen nicht nachweisen, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen, so untersagt das BKartA den Zusammenschluss. Aus dem Wortlaut der Bestimmung (§ 24 Abs.2 Satz 1) ergibt sich zunächst die Gebundenheit der Entscheidungsbefugnis: für Ermessen ist kein Raum, das BKartA hat den Zusammenschluss bei Vorliegen der Voraussetzungen zu untersagen¹. Umstritten ist allerdings, ob das BKartA einen Zusammenschluss auch teilweise untersagen darf, d.h. ob sich die Untersagungsverfügung des § 24 Abs.1 und 2 auf einen Teilbereich des Tätigkeitsbereiches der beteiligten Unternehmen beziehen kann.

Das Gesetz sieht jedoch, in offensichtlichem Gegensatz zu § 24 Abs.3 Satz 3, wonach der Bundeswirtschaftsminister seine Erlaubnis mit Auflagen und Beschränkungen verbinden darf, was in praxi eine Teilerlaubnis bedeutet², eine solche Möglichkeit für das BKartA nicht vor³. Das Amt weist demgemäß die Möglichkeit einer Teiluntersagung ab⁴.

Es führt aber diese Auffassung soweit durch, dass in jenen Fällen, in denen mehrere Zusammenschlüsse für das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung ursächlich

¹ Kleinmann/Bechtold, Kommentar § 24, Rdn. 270

² Vgl. BWM; "Thyssen/Hüller Hille", WuW/E, S. 159 ff.

³ So auch Röhling, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff., 1590

⁴ BKartA, "GKN-Sachs", WuW/E, S. 1625 ff., 1630

sind, diese nur insgesamt untersagt werden können¹.

Weiter ist das Amt der Meinung, dass das Vorliegen der Untersagungs Voraussetzungen auf nur einem Markt ausreicht, um auch im Hinblick auf andere Märkte den gesamten Zusammenschluss zu untersagen².

Es ist allerdings zweifelhaft, inwieweit diese Auffassung des BKartA noch in Übereinstimmung ist mit den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, die den Behörden gebietet, die mit einem Verwaltungsakt verbundene Belastung auf das unbedingt Notwendige zu beschränken. Dies trifft vor allem dann zu, wenn sich die Zusammenschlüsse rechtlich und tatsächlich trennen lassen³.

Zu unterscheiden von diesem formellen Untersagungsverfahren ist das informelle Verfahren vor dem BKartA, auf das die Begründung zum Regierungsentwurf 1971 verweist⁴.

Während dieses Verfahren kann das BKartA mit den beteiligten Unternehmen klären, unter welchen Voraussetzungen - z.B. Ausgliederung von Produktionsbereichen, Veräusserung von Beteiligungen oder Unternehmensteilen, Lizenzerteilung u.s.w. - es einen Zusammenschluss nicht untersagen wird⁵. Dabei müsse es sich stets um strukturelle Massnahmen handeln, da nur so eine marktbeherrschende Stellung verhindert oder beseitigt werden könne⁶.

1 BKartA, "Babcock-Artos", WuW/E, S. 1653 ff., 1656, 1657

2 BKartA, aaO

3 So der BMW, "Thyssen-Hüller Hille", WuW/E, S. 159 ff., 164; siehe auch Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 24, Fdn. 111, 112

4 BT-Drucks. VI/2520, S. 30

5 Begründung aaO

6 Begründung aaO

3. Die Rechtsfolgen einer Untersagung.

a. Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens.

Mit Erlass der Untersagungsverfügung ist es verboten, einen Zusammenschluss zu vollziehen oder an seinen Vollzug mitzuwirken (§ 24 Abs.2 Satz 4 Halbsatz 1). Ein Verstoss gegen dieses Verbot bedeutet einmal eine Ordnungswidrigkeit und kann als solche mit einer Geldbusse¹ gem.§ 38 Abs.1 Nr.8 bestraft werden.

Zum anderen sind Rechtsgeschäfte die gegen dieses Verbot verstossen, unwirksam. Mit dieser Unwirksamkeit ist, wie auch in § 24 a Abs.4, Halbsatz 2², keine Nichtigkeit, sondern eine schwebende Unwirksamkeit gemeint, welche durch die Erlaubnis des Bundeswirtschaftsministers wieder aufgehoben werden kann.

b. Untersagung eines vollzogenen Zusammenschlusses.

Die Untersagung eines vollzogenen Zusammenschlusses ist mit der Möglichkeit einer Auflösungsanordnung gem. § 24 Abs.2 Satz 5 juncto Abs. 6 und 7 verbunden.

Das BKartA ordnet gem. § 24 Abs.6 die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Massnahmen an, wenn seine Untersagungsverfügung rechtskräftig geworden ist und, falls die Unternehmen beim Bundeswirtschaftsminister einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis gestellt hatten, die Ablehnung dieses Antrages unanfechtbar geworden ist. Dabei hat das Amt unter Wahrung der Belange Dritter diejenigen Massnahmen anzuordnen, die die geringste Belastung für die Beteiligten mit sich bringen. Zweck der Auflösung ist nach der Formulierung des Abs.6 nicht so sehr die Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern vielmehr

¹ Bis zu 100.000 DM, über diesen Betrag hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erzielten Mehrerlöses

² Siehe oben S.28

die Herstellung von Marktstrukturen, die nicht mehr gegen § 24 Abs.1 verstossen. Es kommt auf die Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkungen an¹. Daraus ergibt sich, dass u.U. Unternehmen einen untersagten Zusammenschluss nicht unbedingt im vollen Umfang rückgängig machen müssen². Zur Durchsetzung seiner Auflösungsanordnung stehen dem BKartA in § 24 Abs.7 eine Reihe von Massnahmen zur Verfügung, wie z.B. mehrfache Festsetzung von Zwangsgeldern von 10.000 bis 1 Million DM, Untersagung der Ausübung des Stimmrechts, die Untwirksamkeitserklärung von Verträgen, sowie die Bestellung eines Treuhänders.

c. Bekanntmachung

Gem. § 58 Nr. 3 sind die unanfechtbar gewordenen Untersagungen nach § 24 Abs.2 Satz 1 sowie die Verfügung nach § 24 Abs. 6 und 7 im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Ziel dieser Bekanntmachung ist der Öffentlichkeit und den beteiligten Wirtschaftskreisen die Möglichkeit zu geben, sich über alle wesentlichen Entscheidungen der Kartellbehörden zu unterrichten³.

Die Veröffentlichung dieser Entscheidungen des BKartA trägt auf diese Weise als Informationsquelle zur Fortentwicklung des Kartellrechts bei und entspricht der gerichtsähnlichen Stellung der Beschlussabteilungen des BKartA⁴.

1 Kleinmann/Bechtold, Kommentar § 24, Rdn. 296

2 BKartA, "Erdgas-Schwaben", WuW/E, S. 1647, 1651

3 Begründung zum Regierungsentwurf 1952, BT-Drucks. 2/1158 zu § 41

4 Rittner, Das Ermessen, in: Festschrift Kaufmann, S. 307 ff., 319

II. Die Möglichkeit der Ministererlaubnis.

1. Einführung.

Gem. dem zweiten Teil der Vorschrift kann der Bundeswirtschaftsminister auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom BKartA untersagten Zusammenschluss erteilen, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkungen von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen aufgewogen werden, oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist. Dabei soll auch die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen ausserhalb der Bundesrepublik berücksichtigt werden¹. Der Bundesminister ist in diesem Zusammenhang nicht als eine dem BKartA übergeordnete Instanz anzusehen, sondern vielmehr als ein neben dem Amt mit besonderer Sachzuständigkeit tätiges Organ².

Während das BKartA sich bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses nach seiner wettbewerbspolitischen Bedeutung richtet und somit ausschliesslich der Förderung des Wettbewerbs zu dienen hat, damit dieser seine ökonomischen und freiheitlichen Selbststeuerungsfunktionen möglichst ausgewogen wahrnehmen kann³, hat der Bundesminister als politische Instanz die darüberhinausragenden Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Schon aus dieser Tatsache folgt, dass die Ministererlaubnis eine Ausnahme sein soll⁴.

1 Zu der Berücksichtigung ausserwettbewerblicher Gesichtspunkte vgl. etwa Knöpfle, Gesamtwirtschaftliche Vorteile, WuW 1974, S. 5 ff.; Fatschek, Die Berücksichtigung, Diss., S. 137 ff.

2 So Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 24, Rdn. 2

3 Fatschek, aaO, S. 56; vgl. auch Hoppmann, Fusionskontrolle, S. 29; Monopolkommission, Sondergutachten 3, Rdn. 39 ff.

4 Vgl. Begründung zum § 24 Abs. 3 des Referentenentwurfes vom 28.10.1970

2. Die Kriterien für eine Erlaubnis:

"Gesamtwirtschaftliche Vorteile" und "Interesse der Allgemeinheit".

Eine deutliche Abgrenzung der beiden Begriffe erscheint schwierig. Sie erübrigt sich aber, wenn man, wie etwa Knöpfle¹, das Interesse der Allgemeinheit als Oberbegriff ansieht, der auch die gesamtwirtschaftlichen Vorteile umfasst.

Inhalt und Reichweite beider, nach juristischen Maßstäben ziemlich nebulösen, Begriffe werden anhand einiger Beispiele aus der Praxis einigermaßen ersichtlich.

Als gesamtwirtschaftliche Vorteile eines Zusammenschlusses werden verstanden:

- Rationalisierungsvorteile, wenn diese über die beteiligten Unternehmen hinaus gesamtwirtschaftlich positive Wirkung haben, z.B. durch Freisetzung von Arbeitskräften, die in anderen gesamtwirtschaftlich wichtigeren Sektoren eingesetzt werden können²
- Sanierung der beteiligten Unternehmen, wenn dies gesamtwirtschaftlich wünschenswert ist³
- Lösung von Strukturkrisen, z.B. durch Stärkung strukturell gefährdeter gesamtwirtschaftlich bedeutsamer Wirtschaftszweige, wie z.B. momentan in der Stahlindustrie⁴.

In dem Falle VEBA-Gelsenberg⁵ wurde eine Ministererlaubnis erteilt, da die vom BKartA zur Begründung seiner Untersagungsverfügung als Folge des Zusammenschlusses angenommene Marktbeherrschung auf mindestens vier Marktbe-

1 Knöpfle, Gesamtwirtschaftliche Vorteile, WuW 1974, S. 5 ff., 16

2 Knöpfle, aaO, S. 9

3 Vgl. Babcock/Artos, Entscheidung BWM 17.10.1976, WuW/E S. 156

4 Vgl. dazu in Zusammenhang mit § 8 der Ministererlaubnis für Kartelle, BWM 17.2.1959, Kohle-Ölkartell, WuW/E, S. 117 f.; BWM 15.7.1969, Mühlenkartell, WuW/E, S. 135 f.

5 WuW/E, BWM S. 147 ff.

reichen¹, hinter die gesamtwirtschaftlichen Vorteile einer langfristigen Verbesserung der Mineralölversorgung zurücktreten².

Als weiterer, oft angeführter Antragsgrund gilt die Wettbewerbsfähigkeit auf Auslandsmärkten³.

Unter das "Interesse der Allgemeinheit" fallen dann noch Arbeitsplatzsicherung, regionalpolitische, gesundheitspolitische und allgemeinpolitische Gründe⁴.

Im Einzelnen ist hier zu bemerken, dass sich Wettbewerbsbeschränkungen zur Erhaltung von Arbeitsplätzen jedoch nur dann begründen lassen, wenn mit ihrer Hilfe langfristig strukturelle Arbeitslosigkeit vermieden wird und andere erfolversprechende wirtschaftspolitische Massnahmen nicht zur Verfügung stehen⁵.

Bei einem bereits vollzogenen Zusammenschluss sind an die Behauptung der beteiligten Unternehmen, dass ohne den Zusammenschluss Arbeitsplätze verloren gegangen wären, hohe Anforderungen zu knüpfen⁶. Weiter darf die Erhaltung von Arbeitsplätzen bei einzelnen Unternehmen nicht zur isolierten Zielvorstellung erhoben werden⁷.

1 WuW/E, BKartA, S. 1457 ff.

2 Vgl. aber Sondergutachten 2 der Monopolkommission, Tz 23 35, in dem sich die Kommission skeptisch äussert zur Geeignetheit des Zusammenschlusses zu dem genannten Zweck. Die neuesten Entwicklungen, das Zusammenschlussvorhaben VEBA-Gelsenberg/Britisch Petrol Deutschland scheinen diese Skepsis zu bestätigen. Vgl. Spiegel, Nr. 26, 26.6.1978

3 Vgl. z.B. Monopolkommission, Sondergutachten 3, Tz 98; Sondergutachten 6, Tz 50

4 Vgl. Knöpfle, Gesamtwirtschaftliche Vorteile, WuW 1974, S. 5 ff., S. 17, der als Beispiel eines allgemeinpolitischen Grundes die wirtschaftliche Stärkung Berlins nennt

5 Monopolkommission, Sondergutachten 6, Tz 43

6 So BMW, Babcock/Artos, WuW/E, S. 155 ff., 156

7 So BMW, Thyssen-Hüller, WuW/E, S. 159 ff., 162

3. Die Mitwirkung der Monopolkommission bei der Ministererlaubnis.

Der Bundeswirtschaftsminister kann gem. § 24 b Abs.5 Satz 6 vor einer Entscheidung über den Antrag, eine gutachtliche Stellungnahme bei der Monopolkommission einholen. Dies ist bis jetzt in drei Fällen geschehen: Kaiser-VAW¹, Babcock-Artos² und Thyssen-Hüller Hille³. Im Referentenentwurf März 1970 war noch vorgesehen, dass der Bundeswirtschaftsminister vor einer Entscheidung über die vom BKartA für erforderlich gehaltene Auflösung oder Untersagung eines Zusammenschlusses die Stellungnahme einer unabhängigen Monopolkommission einzuholen hatte⁴. Die Kommission hatte dabei insbesondere die "allgemeinen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und technologischen Aspekte" zu beurteilen. Der Vorschlag des Referentenentwurfes hatte jedoch in den Augen vieler Autoren keine Gnade gefunden⁵.

Die Kritik bezog sich vor allem auf eine mögliche Verwischung von Kompetenzen und eine Verfahrensverlängerung.

In dem Gesetz (§ 24 b) wurden dann die Aufgaben der Monopolkommission nur auf Informations- und Beratungsaufgaben beschränkt⁶.

1 Monopolkommission, Gutachten 3

2 Monopolkommission, Gutachten 4

3 Monopolkommission, Gutachten 6

4 § 24 b Abs.4 Ref.Entw.

5 Vgl. etwa Rittner, Konzentrationskontrolle, DB 1970, S. 669 ff., S. 717 ff., 720; Steindorff, Novellierung, BB 1970, S. 824 ff., 830; Klaue u.a., Problematik, S. 99

6 Vgl. dazu Rittner, Thesen, DB 1973, S. 318 ff., 319 und Wirz, Bemerkungen, WuW 1973, S. 250 ff., 256 die eine Monopolkommission mit diesen Befugnissen für überflüssig halten. A.A. Gleiss-Bechtold, Kartellgesetz, BB 1973, S. 1142 ff., S. 1151, die wertvolle Impulse für die Anwendung sehen

III. Übersicht über die bisherige rechtstatsächliche
Entwicklung der Konzentrationskontrolle in den
Jahren 1974 bis 1977¹.

	1974	1975	1976	1977
1. Zahl der nach § 23 angezeigten Zusammenschlüsse	294	445	453	554
2. Zahl der nach § 24 a angemeldeten Zusammenschlussvorhaben				
a) insgesamt:	70	66	90	98
hiervon:				
b) anmeldepflichtig:	55	42	70	66
c) freiwillig angemeldet	15	24	20	32
3. Unter die Bagatellklausel des § 24 Abs.8 fielen				
a) insgesamt:	148	219	195	260
hiervon:				
b) aufgrund der Anschlussklausel § 24 Abs.8 Nr.2	127	184	156	230
4. Der eingreifenden Kontrolle gem. § 24 unterlagen				
a) insgesamt:	172	229	264	292
hiervon waren				
b) gem. § 23 anzeigepflichtig	105	171	180	203
c) gem. § 24 a anmeldepflichtig	67	58	84	89
5. Untersagt wurden				
a) vollzogene Zusammenschlüsse	1	-	4	1
b) Zusammenschlussvorhaben	4	-	1	4

¹ Quellen: Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren

1974, BT-Drucks. 7/3791

1975, BT-Drucks. 7/5390

1976, BT-Drucks. 8/704

1977, BT-Drucks. 8/1925

Zweiter Teil.

Die Zusammenschlusstatbestände.

Kapitel 1.

Der Zusammenschlussbegriff.

A. Der Inhalt.

I. Übersicht über die Tatbestände des § 23 Abs.2.

Der Zusammenschlussbegriff ist ein Sammelbegriff, der mit der Funktion eines rechtstechnischen Oberbegriffs die fünf Tatbestände des § 23 Abs.2 zusammenfasst¹.

Es wird dadurch bei den einschlägigen Rechtsvorschriften die Notwendigkeit vermieden, jene Zusammenschlusstatbestände jeweils einzeln aufzuzählen².

Ziel des Gesetzgebers war die lückenlose Erfassung aller Zusammenschlüsse³. Somit ist die Aufzählung des Zusammenschlusskatalogs des § 23 Abs.2 abschliessend gemeint⁴.

Der Zusammenschlussbegriff umfasst die fünf folgenden Tatbestände:

1. Der Vermögenserwerb.

Der erste Zusammenschlusstatbestand erfasst jeden Konzentrationsvorgang, bei dem ein Unternehmen durch Verschmelzung, Umwandlung oder in sonstiger Weise das Vermögen eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil erwirbt. Es handelt sich beim Tatbestand Nr. 1

1 Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff., 582

2 Vgl. etwa den Begriff "verbundene Unternehmen" des § 15 AktG

3 Siehe dazu den Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages vom 12.6.1973 zum Gesetzentwurf der SPD-FDP-Fraktionen, BT-Drucks. 7/765, S. 7

4 Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 33; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23 Rdn. 3

um den im Vergleich zu den nachfolgenden Tatbeständen weitestgehende Konzentrationsvorgang, wobei als Grundfall die klassische Vollfusion gilt, die zur Folge hat, dass die wirtschaftliche Selbständigkeit und rechtliche Existenz wenigstens eines Unternehmens aufgehoben wird¹. Diese klare Konzeption, die vom Grundfall der Verschmelzung ausgeht, wird allerdings durch das Tatbestandsmerkmal "zu einem wesentlichen Teil" bereits durchbrochen und bei der Auslegung, die die Rechtsprechung dazu vornimmt, sogar wieder in Frage gestellt².

2. Anteilserwerb.

Der zweite Tatbestand betrifft den Erwerb von Anteilen an anderen Unternehmen.

Durch Anteilserwerb erlangt der Erwerber, im Gegensatz zum Vermögenserwerb, einen nur mittelbaren Einfluss über die Hauptversammlung auf das andere Unternehmen³. Das Gesetz sieht als relevante Beteiligungsstufen das Erreichen einer 25 %-Beteiligung, einer 50 %-Beteiligung oder einer Mehrheitsbeteiligung vor, wobei jede dieser Stufen als selbständiger Zusammenschluss gilt. Es ist also möglich, dass bei einer Aufstockung vorhandener Beteiligungen ein weiterer Zusammenschluss vollzogen wird, mit den in dem Ersten Teil dieser Arbeit skizzierten Folgen in Bezug auf die Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle⁴.

Das Ziel dieser Stufenkonstruktion ist, eine Erhöhung einer Beteiligung an anderen Unternehmen zumindest in den Fällen transparent zu machen, in denen durch einen Zusammenschlussvorgang die nächst-höhere Stufe erreicht wird⁵.

1 Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 33; Ebel, Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S. 749 ff., 749

2 Vgl. dazu den Fall "Zementmahlanlage", BGH Urt. vom 20.11.1975, WuW/E, BGHS.1377 = BGHZ 65, 269; siehe unten S.

3 Vgl. dazu Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 21

4 Siehe dazu unten S. 66 und S. 88

5 So die Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 26

Gem. § 23 Abs.2 Nr.2 Satz 3 liegt auch ein Zusammenschluss vor, wenn zwei oder mehrere Unternehmen zur gleichen Zeit oder nacheinander, Anteile von je 25 % oder mehr an einem anderen Unternehmen erwerben. Dieser Vorgang wird vom Gesetz als "Gemeinschaftsunternehmen" bezeichnet.

Der Unterschied zum blossen Beteiligungserwerb liegt darin, dass bei diesem (nur) ein Zusammenschluss zwischen dem Erwerber und dem Unternehmen, an dem die Anteile erworben werden, vorliegt, während bei Erwerb in dem in § 23 Abs.2 Nr.2 Satz 3 bezeichneten Umfang darüberhinaus die sich beteiligenden Unternehmen untereinander hinsichtlich der Märkte, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist, als zusammengeschlossen gelten.

Die Begründung zum Regierungsentwurf 1971 erklärt diese Erweiterung des Zusammenschlussbegriffs vor allem mit den Einflüssen, die von der Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens auf den Wettbewerb zwischen den Mutterunternehmen ausgehen¹.

Damit ergibt sich zugleich das Problem des Verhältnisses der Zusammenschlusskontrolle zum Kartellverbot. Obwohl eine Konkurrenz zwischen §§ 1 ff. und § 23 ff. im Allgemeinen verneint wird², ist dies in Bezug auf die Zusammenarbeit von Unternehmen bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens umstritten³.

1 BT-Drucks. VI/2520, S. 27

2 Vgl. etwa Bechtold, Die Anwendbarkeit, WuW 1977, S. 460 ff.; Frankfurter Kommentar § 23 Tz 162; BGH, WuW/E BGH 359, 364 "Glasglühkörper"

3 Siehe dazu unten S.159 ff.

3. Unternehmensverträge.

Im Gegensatz zu den ersten beiden Tatbeständen handelt es sich bei der Nr. 3 nicht um einen Vermögens- oder Eigentumsübergang, sondern darum, dass ein Unternehmen aufgrund bestimmter Verträge, die ihm die einem anderen Unternehmen zustehenden Möglichkeiten zur Verfügung stellen, seine Stellung auf dem Markt verstärkt¹.

Wesensmerkmal der Verträge ist, dass das begünstigte Unternehmen eine eigentümerähnliche Stellung erhält, die ihm eine dementsprechende Steuerung der unternehmerischen Funktionen der abhängigen Gesellschaft erlaubt².

Der Tatbestand unterscheidet Konzernverträge, Betriebsführungsverträge, Gewinnabführungsverträge und Betriebsüberlassungsverträge. Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge werden erfahrungsgemäss meist zwischen Unternehmen geschlossen, von denen eines, das herrschende, am anderen, dem beherrschten Unternehmen mindestens mit 75 % beteiligt ist³.

4. Personelle Verflechtungen.

Der vierte Tatbestand erfasst die Fälle in denen die Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrates, des Vorstandes, oder eines sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs herbeigeführt wird.

1 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23 Rdn. 100

2 Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 59

3 Windbichler, Unternehmensverträge, S. 19

In der Begründung zum Regierungsentwurf 1971 wurde darauf hingewiesen, dass personelle Verflechtungen deswegen als Zusammenschluss von Unternehmen definiert werden, da sie "ein Mittel der Konzentration von Leitungsmacht seien, und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigen können"¹.

5. Sonstige Unternehmensverbindungen.

Dieser "Auffangtatbestand" ist während des Gesetzgebungsverfahrens der zweiten Novelle zustande gekommen.

Der Regierungsentwurf 1971 enthielt die Formulierung: "jede sonstige Verbindung von Unternehmen, aufgrund deren ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann"². Demgegenüber wurde der Tatbestand vom Wirtschaftsausschuss des Bundestages so ergänzt, dass auch die Begründung einer Beherrschungsmöglichkeit durch mehrere, untereinander koordinierte Unternehmen erfasst wird³.

Nach der Auffassung des Ausschusses handelt es sich im wesentlichen um rechtliche Verbindungen, wie z.B. einen Stimmbindungsvertrag. Es wurde aber darauf verzichtet, eine dementsprechende ausdrückliche Begrenzung auf bestehende Fälle einzubauen, um Umgehungsmöglichkeiten durch ähnliche, faktische Unternehmensverbindungen zu verhindern.

1 BT-Drucks. VI/2520 S.27

2 aaO

3 Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 7/765, S. 7

II. Daten zur Häufigkeit der einzelnen Zusammenschluss-
Tatbestände in den Jahren 1973 bis 1977¹.

	1973	1974	1975	1976	1977
Gesamtzahl der an- gezeigten Zusammen- schlüsse	242	294	445	453	554
Hiervon unterfielen den einzelnen Tatbeständen:					
Vermögenserwerb	40	57	59	92	141
Anteilserwerb	115	166	233	192	243
Gemeinschaftsunter- nehmen einschl. Neugründung	84	85	134	140	143
Unternehmensverträge	3	8	19	17	19
Personengleichheit	1	1	2	-	-
Sonstige Verbindun- gen	-	1	1	12	8
insgesamt:	243 ²	318 ²	448 ²	453	554

Weithin wichtigster Tatbestand ist somit offenbar der An-
teilserwerb, der durchschnittlich etwa 50 % der Zusammen-
schlüsse gem. § 23 Abs.2 erfasst. Erhebliche Bedeutung ist
weiter der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen und dem
Tatbestand des Vermögenserwerbs beizumessen, wobei vor

¹ Quellen: Berichte des Bundeskartellamtes über seine
Tätigkeit in den Jahren
1973, BT-Drucks. 7/2250
1974, BT-Drucks. 7/3791
1975, BT-Drucks. 7/5390
1976, BT-Drucks. 8/704
1977, BT-Drucks. 8/1925

² Offenbar enthalten die Angaben über die drei ersten
Jahre Doppelzählungen, die vermutlich auf die Verwirk-
lichung mehrerer Tatbestände durch einen Konzentrations-
vorgang zurückzuführen sind

allein die Verdoppelung der nach diesem ersten Tatbestand angezeigten Zusammenschlüsse in 1976 und der durchaus starke Anstieg 1977 auffällt. Der Grund dieser starken Steigerung ist den betreffenden Tätigkeitsberichten nicht zu entnehmen. Möglich wäre, dass diese Steigerung schon eine Folge des Zementmahlanlage-Urteils des BGH vom 20.11.1975¹ ist, in dem der Kartellsenat, entgegen der herrschenden Meinung, unter bestimmten Voraussetzungen auch den Erwerb von Vermögensteilen als Zusammenschluss nach § 23 Abs.2 Nr. 1 bezeichnet hat.

Die Zunahme der Unternehmensverträge gem. Tatbestand Nr.3 seit 1975 könnte vielleicht zusammenhängen mit der Neuordnung der Unternehmensmitbestimmung durch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976².

Dem Tatbestand der Personengleichheit fehlt es offenbar an Anziehungskraft, während der Auffangtatbestand "sonstige Verbindungen" sich 1976 einer steigenden Beliebtheit erfreuen durfte.

1 BGH Urteil, WuW/E BGH 1375 = BGHZ 65, 269,
siehe dazu unten S. 119

2 BGBI. I. S. 1153; vgl. dazu unten S. 173

B. Die Bedeutung des Zusammenschlussbegriffs für die Konzentrationskontrolle.

I. Die Bedeutung des Zusammenschlussbegriffs für die Anzeigepflicht nach § 23 und die Anmeldepflicht gem. § 24 a.

Ein Zusammenschluss von Unternehmen ist dem BKartA unverzüglich anzuzeigen, falls bestimmte Kriterien erfüllt sind. Dabei handelt es sich, wie oben dargelegt, um das Erreichen eines Marktanteils von mindestens 20 % oder einer Beschäftigungszahl von mindestens 10.000 oder um Umsatzerlöse von mindestens 500 Mio DM.

Eine Anzeigepflicht entsteht also erst dann, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

Zunächst muss ein Zusammenschluss gem. § 23 Abs. 2 vorliegen. Darüberhinaus muss dieser Zusammenschluss bestimmten, auf seine wettbewerbspolitische Bedeutung bezogenen, quantitativen Kriterien entsprechen.

Es handelt sich hier somit um eine zweigliedrig konstruierte Vorschrift, wobei der Vollzug eines Zusammenschlusses erste Voraussetzung für die Anzeigepflicht nach § 23 Abs.1 ist. Die Vorschrift der Anmeldepflicht nach § 24 a ist ähnlich strukturiert: eine Anmeldepflicht entsteht erst dann, wenn das Vorhaben eines Zusammenschlusses nach § 23 Abs.2 vorliegt und darüber hinaus wenigstens zwei der beteiligten Unternehmen als Umsatzmillionäre zu bezeichnen sind oder wenn der Zusammenschluss nach Landesrecht durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt bewirkt werden soll.

II. Der Zusammenschlussbegriff und die eingreifende Kontrolle gem. § 24.

Obwohl der Standort der Zusammenschlusstatbestände in § 23 und die allgemeine Verweisung in § 24 Abs.1, Satz 3 auf die Bestimmung des § 23 auf den ersten Blick dazu führen könnten, die Zusammenschlusstatbestände nur als Tatbestände der Anzeigepflicht und Anmeldepflicht auszulegen, sind sie bestimmend für die ganze Konzentrationskontrolle, also auch für die eingreifende Kontrolle gem. § 24.

§ 23 Abs.2 ist als eine allgemeine Definitionsnorm zu verstehen, die für jeden der §§ 23, 24 und 24 a gleichermaßen gilt¹.

Die Eingriffsnorm des § 24 kann demnach nur auf solche Konzentrationsvorgänge angewendet werden, die als Zusammenschluss im Sinne des § 23 Abs.2 gelten.

Wenn ein solcher Zusammenschluss vorliegt, wenn es sich ausserdem nicht um einen von der Bagatellklausel des § 24 Abs.8 erfassen Zusammenschluss handelt, und wenn dieser nach den Erwartungen des BKartA eine Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung herbeiführt, hat das Amt den Zusammenschluss zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass die nach ihrer Meinung durch den Zusammenschluss eingetretene Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen

¹ So die h.M., vgl. Rittner, Tatbestände, DB 1975, S.581 ff. 581; Bechtold, Marktbeherrschung, DB 1974, S. 1949 ff., 1949; Ebel, Der Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S.749 ff. 749; Röhling, Fusionskontrolle, S. 1584 ff., 1586; Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 731; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23 Rdn. 9; Langen, Kommentar, § 23, Tz 3

die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen. Diese Vorschrift über die eingreifende Kontrolle weist folglich eine mit den beiden anderen Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle übereinstimmende Struktur auf.

Auch hier ist das Vorliegen eines Zusammenschlusses die Voraussetzung für die Anwendung der Kriterien des § 24, deren Erfüllung das BKartA zum Eingreifen ermächtigen¹.

Ein gutes Beispiel liefert hier der Fall AEG-Telefunken/Zanussi².

AEG-Telefunken hatte beim BKartA das Vorhaben des Erwerbes einer Beteiligung von 25,01 % am Aktienkapital des italienischen Unternehmens Zanussi als einen in § 23 Abs.2 als Zusammenschluss definierten und somit unter die Konzentrationskontrolle fallenden Vorgang angemeldet.

Nach einer Prüfung der Marktsituation teile das BKartA den Unternehmen mit, dass mit einer Untersagung zu rechnen sei. Daraufhin hat AEG-Telefunken die Anmeldung zurückgenommen und mitgeteilt, dass die Beteiligung an Zanussi auf 20 % beschränkt wurde.

Das BKartA hat den beteiligten Unternehmen dann mitgeteilt, unter den gegebenen Umständen gelte ein solcher Erwerb nicht als Zusammenschluss nach § 23 Abs.2, so dass die Voraussetzungen der Konzentrationskontrolle keine Anwendung finden konnten.

1 Vgl. Rittner, Konzentrationskontrolle, DB 1970, S. 669 ff., S. 717 ff., 719

2 TB BKartA 1973, BT-Drucks. 7/2250, S. 70, vgl. auch unten, Kapitel 3, S. 148 f.

III. Ergebnisse.

Aus den obigen Untersuchungen geht hervor, dass die drei Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle, die Anzeigepflicht nach § 23, die Anmeldepflicht nach § 24 a und die Eingriffsnorm nach § 24 alle zweigliedrig strukturiert sind.

Der erste Teil dieser Vorschriften ist jeweils die Voraussetzung der Erfüllung eines Zusammenschlusstatbestandes gem. § 23 Abs.2¹.

Der zweite Teil bezieht sich dann auf die wettbewerbspolitische Bedeutung oder Folgen des vorliegenden Zusammenschlusses und betrifft somit den Zusammenschluss als Erscheinung in der "Ökonomischen Wirklichkeit"².

Dieser zweite Teil der Vorschriften besteht aus überwiegend wettbewerbsbezogenen Kriterien, deren Erfüllung sodann Voraussetzung ist für das Entstehen der Anzeigepflicht, der Anmeldepflicht, sowie für die Untersagung eines Zusammenschlusses gem. § 24.

Diese zweigliedrige Konstruktion der Vorschriften lässt sich wie folgt schematisieren³:

- I. Anzeigepflicht (§ 23 Abs.1)
ZT + MA v Gr
- II. Anmeldepflicht (§ 24 a Abs.1, Satz 2)
ZT + Gr v HA
- III. Untersagung (§ 24)
ZT + (→ § 22) 4

1 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn.9

2 Rittner, Konzentrationskontrolle, DB 1970, S. 669 ff. S. 717 ff., 717

3 Schema von Rittner, verteilt während seines handels- und wirtschaftsrechtlichen Seminars an der Universität Freiburg, Sommersemester 1978

4 ZT = Zusammenschlusstatbestand, MA = Marktanteilsvoraussetzung, Gr = (Unternehmens-) Grössenvoraussetzung, HA = Hoheitsakt, v = (vel) oder

Dieses Schema zeigt, dass das Vorliegen eines Zusammenschlusses gem. § 23 Abs.2 die Grundvoraussetzung ist für das Anwenden der drei Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle.

Deswegen ist es für Unternehmen von grundsätzlicher Bedeutung zu wissen, ob ein Konzentrationsvorgang, an dem sie gerade beteiligt sind, als Zusammenschluss i.S. d. § 23 Abs.2 bezeichnet werden kann.

Dass dieser Tatsache grundsätzliche Bedeutung beizumessen ist, wird vor allem dann verständlich, wenn man bedenkt, dass, wie oben dargelegt¹, die Vorschriften der Konzentrationskontrolle ggf. Grundlage sind für Straf-, Entflechtungs- und Zwangsmassnahmen, und dass u.U. gegen diese Vorschriften verstossende Rechtsgeschäfte unwirksam sind. In diesem Zusammenhang muss aber vor allem auch auf die mit der Konzentrationskontrolle zusammenhängende Publizität hingewiesen werden².

Während die sonstigen Rechtsfolgen, wie Straf- und Zwangsmassnahmen, erst bei Verletzung gesetzlicher Verpflichtungen oder Verbote eintreten, oder sich aus einer Untersagung des Zusammenschlusses ergeben, muss jeder angezeigte Zusammenschluss, ungeachtet, ob er die Voraussetzungen für eine etwaige Untersagung erfüllt oder unbeanstandet vollzogen werden darf, gem. § 10 Abs.1 Nr.5 im Bundesanzeiger und gem. § 50 Abs.1 Satz 3 in dem

1 Siehe oben S.21 ff.

2 Vgl. Rittner, Publizitätsprobleme, Festschrift v. Caemmerer, S. 623 ff.

Tätigkeitsbericht des BKartA bekannt gemacht werden¹.

Zweck dieser Publizitätsvorschriften ist die Bekanntgabe von Daten der den Kartellbehörden vorliegenden Zusammenfassungen, um damit eine "unbestimmte Öffentlichkeit"² durch eine verbesserte Transparenz im Bereich der Konzentrationskontrolle informieren zu können³.

Im Gegensatz zu den Publizitätsvorschriften des aktienrechtlichen Konzernrechts⁴, die gem. ihrem Regelungszweck an erster Stelle den aussenstehenden Aktionären und Gläubigern die Unternehmensverbindungen durchsichtig machen sollen⁵ und die Befriedigung des öffentlichen Interesses als "Reflexwirkung" der primären Aufgabe mit sich bringen⁶, sind die obengenannten Publizitätsvorschriften der Konzentrationskontrolle nicht auf bestimmte Gruppen von Interessenten ausgerichtet⁷.

Jeder Bürger kann auf diese Weise feststellen, dass z.B. auch Grossunternehmen in ihrer Expansion an gewisse Regeln gebunden sind und kann sich einigermaßen ein Bild formen vom Umfang des Unternehmenswachstums, was an sich schon zu einer Verminderung der in diesem Bereich häufig auftretenden abenteuerlichen Spekulationen und düsteren Gerüchte führen kann.

1 Siehe oben S. 24 und S. 26

2 Rittner, Die handelsrechtliche Publizität, S. 3

3 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, zu Art.1 Nr.3, S.21 und Nr.15, S.35

4 Siehe dazu unten S. 78

5 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des AktG 1965, BT-Drucks. IV/171, S. 94

6 v.Caemmerer, Publizitätsinteressen, Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 141 ff., S. 166 f.; Gesammelte Schriften, Bd. II, S. 98 ff., S. 122

7 Rittner, Publizitätsprobleme, in: Festschr.v.Caemmerer, S. 623 ff., 627

Diese grössere "Offenheit" hängt mit der Tatsache zusammen, dass bei dem heutigen Stand der Unternehmenskonzentration namentlich die grossen Zusammenschlüsse, die "Elefantenhochzeiten"¹, kein "entre-nous" der beteiligten Unternehmen mehr darstellen, sondern dass sie vielmehr, aufgrund ihrer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung und der sozialpolitischen Konsequenzen des Unternehmenswachstums an sich, das Interesse der Allgemeinheit tangieren².

Andererseits ist es vorstellbar, dass die beteiligten Unternehmen, obwohl sie gegenwärtig die öffentliche Meinung wohl nicht mehr als "die Dirne unter den Meinungen"³ betrachten dürften, aus z.B. geschäftspolitischen Gründen eine vorläufige Geheimhaltung bevorzugen würden. Deutlich erkennbar ist die vor allem im Bereich des internationalen Handels, wo bei bestimmten Unternehmensentscheidungen einerseits mit Repressalien aus dem Ausland gerechnet werden muss, etwa wenn ein Unternehmen, das in grossem Umfang in die arabischen Staaten liefert, von einem anderen Unternehmen erworben wird, das wegen seiner pro-Israel-Einstellung auf der Boykottliste der arabischen Länder steht⁴, oder aber andererseits auch politische Schwierigkeiten im eigenen Land drohen, wenn sich die Unternehmensaktivitäten auf die von bestimmten gesellschaftlichen Gruppen mit Argwohn beobachteten Länder beziehen, wie z.Zt. Süd-Afrika oder bestimmte Länder Süd-Amerikas.

Der Gesetzgeber hat indessen dem BKartA bei der Bekanntmachung gem. § 10 und § 50 keinen Spielraum gelassen. Das Amt ist nach dem Gesetzestext zur Bekanntmachung verpflichtet.

1 Siehe oben S. 26

2 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16, 16

3 So Maria von Ebner-Eschenbach, zitiert bei: Muthesius, Frankfurter Publizitätsgespräch, S. 277 ff., 279

4 Beispiel bei Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 284

Zu unterscheiden von dieser vom Gesetz vorgeschriebenen Bekanntmachung sind allerdings die sog. Presseinformationen, welche das BKartA im Rahmen seiner Öffentlichkeitsarbeit ausgibt¹, und in denen vorwiegend Informationen über den Stand und das Ergebnis der materiellen Prüfung bestimmter vorliegender Zusammenschlüsse zu finden sind.

Da hier kein gesetzlich umschriebener Auftrag vorliegt, und hier Informationen gegeben werden, die im allgemeinen weiter gehen als die Angaben nach § 10 im Bundesanzeiger, muss sich das Amt bei diesen Publikationen um "Objektivität, Sachlichkeit und Zurückhaltung"² bemühen, und, im Gegensatz zu den Bekanntmachungen nach § 10 und § 50, die Informationen unterlassen, welche die beteiligten Unternehmen als vertraulich bezeichnen³.

IV. Übersicht.

Die Bedeutung der Zusammenschlusstatbestand für die sonstigen Vorschriften der Konzentrationskontrolle lassen sich wie folgt in das Schema von S. 57 einbauen:

1 Skeptisch: Rittner, Die Tätigkeitsberichte, WuW 1974, S. 736 ff., 739

2 Rittner, Publizitätsprobleme, aaO, S. 629

3 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 284

Sach- vor- schriften	Voraussetzungen	grundlegende Rechtsfolgen
§ 23	ZT + Ma v Gr ¹ →	Anzeigepflicht =====
§ 24 a	ZT + Gr v HA ¹ →	Anmeldepflicht =====
§ 24	ZT + (→ § 22) ¹ →	Untersagung =====

- ¹ ZT = Zusammenschlusstatbestand
 Ma = Marktanteilsvoraussetzung
 Gr = (Unternehmens-)Grössenvoraussetzung
 HA = Hoheitsakt
 v = vel (oder)

Sonstige Rechtsfolgen			
Strafmassnahmen	Zwangs- und Entflechtungsmassnahmen	Zivilrechtliche Folgen	Publizität
§ 39 Abs.1 Nr.2 BT ² , nicht unverzügliche oder unvollständige Anzeigen	§§ 6,9 VwVG, Erzwingung Anzeige		§ 10 Abs.1 Nr.5: Bundesanzeiger § 50, Tätigkeitsberichte des BKartA
§ 39 Abs.1 Nr.3: BT, unrichtige oder falsche Angaben § 38 Abs.1 Nr.8: BT Verstoss gegen Vollzugsverbot		§ 24a, Abs.4 Halbsatz 2: Unwirksamkeit bei Verstössen gegen Vollzugsverbot	§ 50, Tätigkeitsberichte des BKartA Presseinformationen des BKartA
§ 38 Abs.1 Nr.8: BT Verstoss gegen Vollzugsverbot	§ 24 Abs.6, Entflechtung § 24 Abs.7, Zwangsmittel zur Entflechtung	§ 24 Abs.2 S.4 Unwirksamkeit bei Verstössen gegen Vollzugsverbot	§ 10 Abs.1 Nr.5, Bundesanzeiger (Erlaubnis gem. § 24 Abs.3) § 50, Tätigkeitsberichte des BKartA § 58 Bekanntmachung von Verfügungen

2 BT = Bussgeldtatbestand

Das obige Schema zeigt, dass die Zusammenschlusstatbestände und deren Auslegung von grundsätzlicher Bedeutung sind für die ganze Konzentrationskontrolle.

Diese Zusammenhänge dürfen bei der Auslegung der Tatbestände nicht aus dem Auge verloren werden. Wenn das KG in dem "Kettenstich-Nähmaschinen-Beschluss"¹ bemerkt, dass die allgemeine "auf die Freiheit des Wettbewerbs" gerichtete Zielsetzung des GWB fordert, dass der Kreis der anzeigepflichtigen Zusammenschlüsse nicht zu eng gefasst wird², dann ist dies eine unvollständige und irreführende Feststellung.

Denn hier wird offensichtlich übersehen, dass eine "grosszügige Auslegung" der Zusammenschlusstatbestände nicht nur für die Anzeigepflicht, sondern auch für die Anmeldepflicht und die eingreifende Kontrolle nach § 24 mit ihren jeweiligen Rechtsfolgen Konsequenzen hat.

Darüberhinaus darf man nicht vergessen, dass es sich bei der Konzentrationskontrolle um ein Eingreifen der öffentlichen Gewalt in die Privatwirtschaft handelt. Dabei sind die Kartellbehörden an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des geringst möglichen Eingriffs in die Freiheitsrechte der Unternehmen gebunden³. Ein solches Eingreifen kann nur dann erfolgen, wenn die Voraussetzungen, in casu die Zusammenschlusstatbestände,

1 KG, 21.Sept.1977, WuW/E OLG S. 19o8 ff.

2 KG, aaO, S. 19o9

3 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 24, Rdn. 111

möglichst klar und für die Betroffenen erkennbar umschrieben sind¹.

Die Mittel des Eingreifens müssen zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet sein und dürfen den Einzelnen nicht übermässig belasten².

Dies gilt auch für die Anwendung der mit der Konzentrationskontrolle verbundenen Publizitätsvorschriften.

Bei der Auslegung der Zusammenschlusstatbestände ist deswegen immer ihrer Bedeutung und dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften der Konzentrationskontrolle Rechnung zu tragen.

1 So der BGH, Beschluss 3.4.1975, "Polyester-Grundstoff", NJW 75, S. 1282, sub. II, 2

2 So BVerfG, Urteil 7.4.1964, "Mitfahrzentrale", NJW 64, S. 1219 ff., 1220, sub. II, 1,2,3

C. Das Wesen des Zusammenschlussbegriffs.

I. Einführung

Wie aus der Übersicht über die Häufigkeit der Zusammenschlussformen¹ hervorgeht, ist die Bedeutung der einzelnen von dem Zusammenschlussbegriff erfassten Tatbestände offensichtlich recht unterschiedlich.

Aber nicht nur ihre Bedeutung für die Praxis ist verschieden, sondern auch ihre jeweilige Intensität: während im Falle des Vermögenserwerbs, z.B. bei Verschmelzung oder Umwandlung, ein oder mehrere Unternehmen als selbständige Einheit verschwinden, bleiben bei allen anderen genannten Konzentrationsvorgängen die Unternehmen als rechtlich selbständige Einheiten fortbestehen, wird aber diese Selbständigkeit durch Einflussnahme beeinträchtigt².

Es mag klar sein, dass je grösser die Einflussnahme ist, desto mehr die Selbständigkeit eines Unternehmens bedroht ist: eine 25 %-Beteiligung erscheint weniger eingreifend als eine 75 %-Beteiligung.

Aus dieser unterschiedlichen Intensität und Absicherung der aufgrund eines Zusammenschlusstatbestandes des § 23 Abs.2 entstandene Unternehmensverbindung ergibt sich eigentlich zwanglos die Möglichkeit einer

1 Vgl. oben S. 52

2 Vgl. Elbel, Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S. 749 ff., 749; Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff., 585; Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 21

mehrfachen Verwirklichung der obigen Zusammenschlusstatbestände¹.

Lediglich bei Verschmelzung und Umwandlung sind weitere Zusammenschlüsse oder auch Änderungen der bestehenden Unternehmensverbindung nicht mehr möglich, da das Unternehmen, das Gegenstand einer Vermögensübertragung ist, seine rechtliche Existenz verloren hat². Solange aber Unternehmen nach einem Zusammenschluss rechtlich fortbestehen, sind u.U. weitere Zusammenschlüsse gem. § 23 Abs.2 zwischen ihnen möglich. Das folgende Beispiel mag diese durchaus komplexe Problematik verdeutlichen:

das Unternehmen A erwirbt 25 % der Anteile des Unternehmens B (§ 23 Abs.2 Nr. 2a). Später gelingt es A, seine Beteiligung zunächst auf 50 % und dann auf 75 % (Rr. 2 b, 2 c) zu erweitern, worauf ein Beherrschungsvertrag und ein Gewinnabführungsvertrag zwischen beiden Unternehmen abgeschlossen wird (§ 23 Abs.2 Nr. 3).

Die einem ersten Zusammenschluss nachfolgenden Konzentrationsvorgänge, welche sich zwischen denselben Unternehmen abspielen, können gem. § 23 Abs.3 Satz 1 aber nur dann als weiterer Zusammenschluss i.S. des Gesetzes behandelt werden, falls sie zu einer wesentlichen Verstärkung der schon bestehenden Unternehmensverbindung führen.

1 Langen, Kommentar, § 23, Tz 30

2 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 77

Aus der Komplexität und unterschiedlichen Intensität der Zusammenschlusstatbestände folgt ebenfalls, dass für die Auslegung des vom Gesetz an verschiedenen Stellen verwendeten Begriffs "am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen"¹, für jeden Zusammenschlusstatbestand gesondert festgestellt werden muss, wer "Beteiligter" in diesem Sinne ist².

Schliesslich macht sich die Verschiedenheit der Zusammenschlusstatbestände bei der Auflösung vollzogener Zusammenschlüsse gem. § 24 Abs.5 bemerkbar.

Während z.B. ein Betriebspacht- oder Überlassungsvertrag im allgemeinen durch eine einfache Kündigung rückgängig gemacht werden kann, bringt die Auflösung einer Verschmelzung eine Vielzahl von Problemen mit sich³.

Die offensichtlichen Unterschiede zwischen den einzelnen Zusammenschlusstatbeständen und die sich daraus ergebenden spezifischen Probleme verlangen zunächst eine nähere Analyse des Zusammenschlussbegriffs.

1 z.B. § 23 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 und 2, Satz 2, Abs.3, Satz 1 und 3, Abs.4 Nr. 2, Abs.5 Satz 2 und 3, Abs.6, Satz 1 und 2; § 24 Abs.1, Abs.2 Satz 3, Abs.3, Satz und 4 etc.

2 Rittner, Publizitätsprobleme, in: Festschr. v.Caemmerer, S. 623 ff., 631, Fn. 32; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 188

3 Dazu im einzelnen Purrucker, Probleme der Durchführung, S. 176 ff.

II. Die Charakteristika der Zusammenschlusstatbestände.

1. Die ratio der Tatbestände.

Die ersten vier Tatbestände des Zusammenschlusskatalogs können als kasuistisch gefasste Konzentrationsvorgänge charakterisiert werden¹, die, obwohl sie in ihrer Formulierung überwiegend an die privatrechtliche Gestaltung anknüpfen², in der ökonomischen Wirklichkeit als die am häufigsten vorkommenden Erscheinungsformen der industriellen Konzentration gelten.

Um sicher-zustellen, dass auch alle "sonstigen" Unternehmensverbindungen erfasst werden, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, hat der Gesetzgeber die Nr. 5 als Auffangtatbestand hinzugefügt³. Das Wort "sonstige" weist aufgrund seiner sprachlichen Bedeutung in dem Gesetzestext darauf hin, dass die Nr. 5 nicht nur ein neben die anderen Tatbestände tretender weiterer Konzentrationsvorgang ist, der mit eigenen Tatbestandsmerkmalen als Auffangtatbestand die nicht von den anderen Tatbeständen gefassten Vorgänge in die Konzentrationskontrolle mit hineinzieht⁴ - denn dann hätte der Gesetzgeber auf "sonstige" verzichten können -, sondern dass dieser Tatbestand sich auch auf den Inhalt der vier ersten Tatbestände bezieht⁵.

1 Röhling, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff., 1586

2 Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff., 582

3 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 27

4 So aber Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 73;
Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn.128

5 Vgl. hierzu Ebel, Zusammenschlussbegriff,
BB 1974, S. 749 ff., 751

Dieser Zusammenhang kann aber auch aus dem Inhalt der ersten vier Tatbestände hergeleitet werden. Bei den dort aufgezählten Konzentrationsvorgängen handelt es sich um die Herbeiführung oder Änderung einer Unternehmensverbindung¹. Diese Konzentrationsvorgänge haben eine Änderung der Marktstruktur zur Folge, indem sie zu neuen oder geänderten wirtschaftlichen Einheiten führen. Die Herbeiführung neuer Einheiten kennzeichnet sich dadurch, dass bis dahin selbständige Unternehmen in ein Verhältnis zu einander geraten, das dem einen Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf das andere ermöglicht oder die Leitungsmacht über beide Unternehmen auf andere Weise zusammenfasst²; die Änderung einer bestehenden Unternehmensverbindung bedeutet in diesem Zusammenhang die Verstärkung der Einflussnahme.

Gerade dieser Grundzug der vier ersten Tatbestände wird im Tatbestand Nr. 5, dem Auffangtatbestand, formuliert, indem er als eine Art "Allgemeindefinition" jede Verbindung von Unternehmen als Zusammenschluss definiert, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann. Infolge der Tatsache, dass aufgrund des Kontextes der Ausdruck "Verbindung von Unternehmen" als aktiver Vorgang, als Zusammenschluss verstanden werden muss³, kann die Nr. 5 auch wie folgt gelesen werden:

1 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 6

2 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, aaO, S. 28

3 Rittner, Die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise, S. 44; Kleinmann/Bechtold, aaO, § 23, Rdn. 132

als Zusammenschluss im Sinne des Gesetzes gilt jede Herbeiführung oder Verstärkung einer Unternehmensverbindung, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann.

Dies stimmt überein mit dem im Gesetzgebungsverfahren genannten Zweck der Zusammenschlusstatbestände: die Erfassung solcher Vorgänge, durch die die Ausübung eines beherrschenden Einflusses ermöglicht wird¹. Denn solche Vorgänge können, weil durch sie die Zahl der selbständig planenden und handelnden Unternehmenseinheiten verringert werden, die Voraussetzungen wirkamen Wettbewerbs auf einem Markt beeinträchtigen².

Im Rahmen der Konzentrationskontrolle müssen dann die Vorgänge dahingehend untersucht werden, ob sie die strukturellen Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt derart verändern, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist, oder ob sie von einer bestimmten Schwelle an den Wettbewerb noch mehr einschränken³.

Der Tatbestand Nr. 5 offenbart also offensichtlich die ratio des Zusammenschlussbegriffs: die Erfassung solcher Konzentrationsvorgänge, die dadurch potentiell wettbewerbsschädigend sind, dass sie zu neuen Unternehmensverbindungen führen, aufgrund deren zumindest ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann.

1 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO, S. 26

2 BGH, "Kfz-Kupplungen", Urt. v. 21.2.1978, WuW/E, BGH S. 1501 ff., 1506

3 BGH, aaO

Die so von den Zusammenschlusstatbeständen erfassten Konzentrationsvorgänge unterliegen dann, falls sie weiteren einschlägigen quantitativen Voraussetzungen entsprechen, den drei oben umschriebenen Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle: der Anzeigepflicht, der Anmeldepflicht und der eingreifenden Kontrolle gem. § 24.

Die ratio des Zusammenschlussbegriffs ergibt sich somit vor allem aus dem Relativsatz des Tatbestandes Nr. 5: "aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können".

Das Gesetz gibt keinerlei Anhaltspunkte für die Auslegung dieses Satzteils. Lediglich die Begründung zum Regierungsentwurf 1971 verweist auf § 17 AktG des aktienrechtlichen Konzernrechts¹. Gem. § 17 AktG sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann, abhängige Unternehmen. Dabei gelten nach § 15 AktG abhängige und herrschende Unternehmen als "verbundene Unternehmen". Der Wortlaut der Vorschrift und die Regierungsbegründung legen somit nahe, bei der Auslegung der im Tatbestand Nr. 5 verwendeten Begriffe die im Aktienrecht entwickelten Grundsätze heranzuziehen.

1 BT-Drucks. VI/2520, S. 26

2. Verwandte Begriffsbestimmungen im Aktienrecht.

a. Die Definition der verbundenen Unternehmen.

Während das Aktiengesetz ursprünglich mit seinen Vorschriften an die AG als rechtlich und wirtschaftlich selbständige Einheit, deren Willensbildung autonom stattfand, anknüpfte¹, kam es im Wirtschaftsleben zunehmend zu Verflechtungen, welche durch Einfluss-, Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse dazu führten, dass die Entscheidungsfreiheit der beschlussfähigen Organe der abhängigen Gesellschaft beschränkt wurde. Die Geschicke der abhängigen Gesellschaft wurden ausserhalb der "aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung" auf Wegen bestimmt, die sich überwiegend jener Ordnung entzogen².

Der Gesetzgeber hat darauf mit der Einführung des neuen Aktiengesetzes vom 6. September 1965 (BGBl. I, S. 1089) die Vorschriften des aktienrechtlichen Konzernrechts erweitert. In Übereinstimmung mit der allgemeinen Aufgabe des Aktienrechtes wird damit bezweckt, die Aktionäre und Gläubiger der einzelnen Gesellschaften angemessen zu schützen und die Verhältnisse der Gesellschaft durch Publizitätsvorschriften erkennbar zu machen. Auf dem konzernrechtlichen Gebiet sollen Unternehmensverbindungen rechtlich erfasst und durch Publizitätsvorschriften für die aussenstehenden Aktionäre und die Gläubiger der verbundenen Unternehmen getroffen werden³.

1 Würdinger, Konzernrecht, S. 241

2 Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Bundesrepublik, BT-Drucks. IV/2320, S. 88 ff.

3 Begründung zum Entwurf AktG 1962, BT-Drucks. IV/171, S. 94

§ 17 AktG gehört zu den allgemeinen Begriffsbestimmungen des aktienrechtlichen Konzernrechts, welche die Tatbestände der, im übrigen hauptsächlich im dritten Buch geregelten, verbundenen Unternehmen festlegen sollen¹.

Der Gesetzgeber hat diese Definitionsnormen vorausgestellt, weil daran zahlreiche, über das ganze Aktiengesetz verstreute Vorschriften anknüpfen². Grundlage der allgemeinen Bestimmungen des Konzernrechtes ist § 15 AktG, der den Begriff "verbundene Unternehmen" festlegt.

Es handelt sich dabei um einen Sammelbegriff, der lediglich den Zweck verfolgt, Vorschriften welche für die in § 15 AktG genannten Gruppen von Unternehmensverbindungen gelten, vereinfachen zu können³. Neben dem Abhängigkeitsbegriff des § 17 AktG werden als weitere Unternehmensverbindungen i.S. des aktienrechtlichen Konzernrechts die Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG), die Konzernverbindungen (§ 18 AktG), die wechselseitige Beteiligung (§ 19 AktG) und die Vertragsteile eines Unternehmensvertrages (§§ 291 - 292 AktG) bezeichnet. Da nach der Regierungsbegründung § 15 nicht als "materielle Umschreibung einzelner Gruppen" zu verstehen ist, muss die Aufzählung der fünf Unternehmensverbindungen als erschöpfend bezeichnet werden.

Eine Verbindung welche nicht zu einer dieser Gruppen gerechnet werden kann, ist somit keine Unternehmensverbindung i.S. des aktienrechtlichen Konzernrechts⁴.

1 Würdinger, Konzernrecht, S. 252; Geßler, in: Geßler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff, § 15 Anm. 68 ff.

2 Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 33

3 Regierungsbegründung zum Entwurf AktG, aaO, zu § 15, S. 99

4 Würdinger, Konzernrecht, S. 252 f.; Geßler, aaO, § 15 Anm. 5

b. Der Abhängigkeitsbegriff gem. § 17 AktG.

aa. Der beherrschende Einfluss.

Gem. § 17 AktG ist ein abhängiges Unternehmen ein rechtlich selbständiges Unternehmen, auf das ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

Charakteristikum der Abhängigkeit ist also die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss ausüben zu können. Da Einfluss nicht auf Sachen, sondern nur auf die Willensbildung von Menschen ausgeübt werden kann, ist das Bezugsobjekt der Beeinflussung, das Unternehmen, in diesem Zusammenhang als "Unternehmensträger" zu verstehen¹.

Ein beherrschender Einfluss liegt somit vor, wenn ein Unternehmen durch die personelle Beeinflussung der entscheidenden Organe eines anderen Unternehmens, dessen Geschäftspolitik bestimmen kann².

Die Beherrschungsmöglichkeit braucht einem Unternehmen nicht unmittelbar zuzustehen. Es genügt, wenn sie mittelbar über einen Dritten ausgeübt werden kann, den das herrschende Unternehmen dazu veranlassen kann, die Beherrschung nach seinen Weisungen auszu-

¹ Rittner, Die Beteiligung, DB 1976, S.1465 ff., S.1513 ff.

² Geßler, in: Geßler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff, § 17, Anm. 26, 27; so auch Rittner, Die Beteiligung, DB 1976, aaO, S. 1469

Üben. Ein mittelbarer Einfluss liegt z.B. vor, wenn eine Muttergesellschaft über ihre Tochtergesellschaft eine Enkelgesellschaft beherrscht. Ein Umgehung der Abhängigkeitsvorschriften durch die Zwischenschaltung einer Tochtergesellschaft ist somit blockiert¹.

Die Beherrschung braucht nicht tatsächlich ausgeübt zu werden. Es genügt, wenn sie im Ansatz (potentiell) vorhanden ist².

Das Beherrschungsverhalten darf nicht auf zufälligen durch das herrschende Unternehmen nicht kontrollierbaren Umständen beruhen. Die Beherrschung muss beständig sein³, so dass eine voraussehende Lenkung möglich ist⁴.

bb. Die Beherrschungsgrundlagen.

Nach der h.M. in Literatur und Rechtsprechung liegt eine Beherrschungsmöglichkeit vor, wenn das herrschende Unternehmen über Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, das

1 Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 52; Geßler, aaO, § 17 Anm. 64 ff.

2 Begründung zum Regierungsentwurf AktG 1962, aaO, zu § 16; BGHZ 62, 193 (201, 203)

3 Geßler, aaO, § 17 Anm.33

4 RGZ 167, 40 ff., 50 (zu § 15 AktG 1937); vgl. Godin-Wilhelmi, § 17 Anm.2; Würdinger, Konzernrecht, S. 257

abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen, was zur Folge hat, dass die Willensbildung des Willensträgers nicht mehr autonom stattfindet¹. Die Beeinflussung muss sich auf das ganze Unternehmen erstrecken. Eine Abhängigkeit in Teilbereichen genügt nicht².

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, Grundlagen einer Beherrschungsmöglichkeit im Gesetz aufzuzählen³.

Als Beherrschungsmittel gelten in der Praxis namentlich die folgenden Fälle:

In der Regel beruht die Beherrschungsmöglichkeit auf einer Mehrheitsbeteiligung, welche deswegen als Abhängigkeitsvermutung in § 17 Abs.2 aufgenommen worden ist.

Eine Minderheitsbeteiligung ist grundsätzlich geeignet, ein Abhängigkeitsverhältnis zu begründen, insoweit neben der Beteiligung noch andere Tatsachen bestehen, die einem Minderheitsaktionär de facto die Stellung eines Mehrheitsaktionärs vermitteln⁴.

Nur ausnahmsweise wird angenommen, dass auch eine Sperrminorität als Grund der Abhängigkeit bezeichnet werden kann⁵.

1 Vgl. Biedenkopf/Koppensteiner in: Kölner Kommentar, § 17, Rdn. 2, 7; Godin-Wilhelmi, § 17, Anm.2; Würdinger, Konzernrecht, S. 256; RGZ 167, 49

2 Biedenkopf/Koppensteiner, aaO, Anm.4

3 Begründung Regierungsentwurf AktG 1962, aaO, zu § 16

4 BGHZ Veba/Gelsenberg, II-ZR 123/76, sub III, siehe auch BB 1977, S. 1665

5 Wie Werner-Peters, Zwei Probleme konzernrechtlicher Abhängigkeit, BB 1976, S. 393 ff.

Diese Auffassung wird mit dem Argument verteidigt, dass eine Sperrminorität nach ihrem Willen eine für das Unternehmen existentielle Entscheidung verhindern kann¹.

Dagegen wird eingewendet, dass die gelegentliche Benützung einer Sperrminorität in der Hauptversammlung vorwiegend als "negative Einflussnahme" zu bewerten ist, und somit die Voraussetzung der Beständigkeit eines beherrschenden Einflusses keineswegs erfüllt ist².

Als weitere Beherrschungsgrundlagen gelten die Unternehmensverträge nach §§ 291, 292 AktG. Wichtigster Fall ist der Beherrschungsvertrag, aufgrund dessen das herrschende Unternehmen eine direkte Weisungsbefugnis an den Vorstand erlangt. Die Unternehmensverträge in § 292, wie etwa Betriebsüberlassungsverträge oder reine Gewinnabführungsverträge bilden allein grundsätzlich keine Abhängigkeit³.

Auch kann aufgrund der Satzungsregelung eines Unternehmens einem anderen Unternehmen die Möglichkeit eines beherrschenden Einflusses eingeräumt werden, wie z.B. durch das Entsendungsrecht zum Aufsichtsrat nach § 101 Abs. 2 AktG.

1 Werner-Peters, Zwei Probleme konzernrechtlicher Abhängigkeit, BB 1976, S. 393 ff., 394

2 Dazu ausführlich Rittner, Die Beteiligung, DB 1976, S. 1465 ff., S. 1513 ff., 1513 f.

3 Biedenkopf/Koppensteiner, aaO, § 17 Anm. 16; Würdinger, Konzernrecht, S. 257; siehe dazu unten zu Tatbestand Nr. 3, S. 167 ff.

cc. Die an das Abhängigkeitsverhältnis anknüpfenden Bestimmungen.

Zum Schutz der Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft, der ausserstehenden Aktionäre und Gläubiger hat das AktG 1966 verschiedene Schutzvorschriften vorgesehen, die von dem Tatbestand der Abhängigkeit ausgehen.

Diese Schutzvorschriften sind im wesentlichen in drei Gruppen einzuteilen:

Berichts- und Offenlegungspflichten, wie die Meldepflicht nach § 10, 11, wonach eine Gesellschaft, die mehr als 25 % der Kapitalanteile einer anderen Gesellschaft hält, dieser Gesellschaft hiervon Mitteilung machen muss. Weiter sind gem. § 312 AktG alle Geschäftsvorgänge zwischen den verbundenen Unternehmen in dem sog. Abhängigkeitsbericht detailliert darzulegen und gem. § 314 AktG dem Aufsichtsrat und gem. § 313 den Abschlussprüfern zurulegen.

Vorschriften über Aktienerwerb und Ausübung von Aktionärsrechten, wie über den Erwerb von Aktien der herrschenden Gesellschaft durch das abhängige Unternehmen gem. § 7 Abs. 4 AktG, oder das einer Stimmrechtsausübung aufgrund von Anteilen an einer herrschenden Gesellschaft durch das abhängige Unternehmen, § 136 Abs. 2.

Nachteilsausgleichung für Minderheitsaktionäre gem. § 311 AktG und Haftung gem. §§ 317, 318 AktG.

Ein abhängiges Unternehmen erhält einen Anspruch auf einen Nachteilsausgleich, wenn die herrschende Gesellschaft nachteilige Einflüsse auf eine abhängige Gesellschaft nimmt und dadurch für das abhängige Unternehmen ein Nachteil entstanden ist.

Findet ein Nachteilsausgleich nicht statt, so tritt gem. § 317 AktG die Haftung der herrschenden Gesellschaft und nach § 318 AktG die Haftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates der abhängigen Gesellschaft ein.

1 Begründung zum Regierungsentwurf AktG 1962, aaO, S. 94

c. Der Zusammenhang des Abhängigkeitsbegriffes mit den sonstigen Begriffsbestimmungen des aktienrechtlichen Konzernrechts.

aa. Die Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG).

Nach § 16 AktG liegt eine Mehrheitsbeteiligung vor, wenn die Mehrheit der Anteile eines rechtlich selbständigen Unternehmens einem anderen Unternehmen gehört oder wenn einem anderen die Mehrheit der Stimmen zusteht. Eine Mehrheitsbeteiligung kann folglich einmal auf einer Kapitalmehrheit und zum anderen auf einer Mehrheit der Stimmen beruhen. Die beiden Mehrheiten fallen im Regelfall zusammen. Eine Kapitalmehrheit ohne die Mehrheit der Stimmrechte ergibt sich aus einer Begrenzung der Stimmausübung¹.

Zu den Anteilen, welche dem beteiligten Unternehmen gehören, sind gem. § 16 Abs. 4 auch die Anteile zu rechnen, die einem anderen, wie z.B. einem Treuhänder², für Rechnung des Unternehmens oder eines von diesem abhängigen Unternehmens gehören.

1 So § 134 Abs. 1 AktG, Höchststimmrecht; § 134 Abs. 2 AktG, nicht vollständige Leistung der Einlagen oder wegen stimmrechtlosen Vorzugsaktien nach §§ 12 Abs. 1, Satz 2, 139 - 141 AktG; im einzelnen: Geßler, aaO, § 17, Anm. 43 ff.

2 Vgl. Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 16 Rdn. 9

Eine wichtige Rechtsfolge, die das Gesetz mit dem Vorliegen einer Mehrheitsbeteiligung verbindet, ist die widerlegbare Vermutung, dass das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen von dem mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist (§ 17 Abs.2 AktG).

Daran knüpfen dann, wie wir oben gesehen haben, ganz wesentliche Regelungen des Konzernrechts an, wie die Berichts- und Offenlegungspflichten¹. Die Abhängigkeitsvermutung kann z.B. durch einen vertraglichen oder satzungsmässigen Ausschluss des zur Beherrschung wesentlichen Aktionärsrechts oder aufgrund des Gesamtbildes der Beziehungen widerlegt werden².

Gemäss § 20 AktG muss ein Unternehmen, sobald ihm die Mehrheitsbeteiligung einer Aktiengesellschaft zusteht, letztere über diesen Umstand unverzüglich in Kenntnis setzen. § 21 enthält eine ähnliche Informationspflicht.

Weitere an § 16 AktG anknüpfende Sondervorschriften betreffen z.B. die Kapitalsicherung durch Verhinderung einer Umgehung des verbotenen Erwerbs eigener Aktien³.

1 Siehe oben S. 78

2 Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses des BT, zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes 1962, zu BT-Drucks. IV/3296, zu § 16, Abs. 2, S. 3

3 Vgl. § 56 Abs.2 AktG

bb. Das Konzernverhältnis (§ 18).

Wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind, dann bilden sie einen Konzern (§ 18 AktG). Dabei handelt es sich dann um einen Unterordnungskonzern, während § 18 Abs. 2 auch die Unternehmen als Konzernunternehmen bezeichnet, die, obwohl kein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden (Gleichordnungskonzern).

Zusammenfassung von Unternehmen unter einheitlicher Leitung kann einmal aufgrund eines Beherrschungsvertrages (§§ 291, 308 AktG) oder einer Eingliederung (§§ 319 ff) verwirklicht werden (Konzernverbindungen mit rechtlicher Leitungsmacht).

Zum anderen stellt § 18 Abs.1 Satz 2 AktG die widerlegbare Vermutung auf, dass ein herrschendes und ein unabhängiges Unternehmen einen Konzern bilden, d.h. unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind (Konzernverbindung mit faktischer Leitungsmacht)¹. Bei einer einheitlichen Leitung kommt es darauf an, dass sie faktisch besteht und dass ein beherrschender Einfluss auf die Geschäftsführung der einzelnen Konzerngesellschaften planmässig ausgeübt wird². Die Voraussetzung, dass die einheitliche Leitung tatsächlich ausgeübt werden muss, unterscheidet den Konzern vom blossen Abhängigkeitsverhältnis, da für die Abhängigkeit die Möglichkeit der Einflussnahme genügt³.

1 Würdinger, Grosskommentar, § 18 Anm.7; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, S. 39

2 Würdinger, Konzernrecht, S. 260

3 Siehe dazu oben b.

Die Konzernvermutung kann somit widerlegt werden mit dem Beweis, dass eine Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung trotz vorhandener Abhängigkeit nicht verwirklicht ist, und dass vielmehr nur eine Beherrschungsmöglichkeit vorliegt¹.

Das Aktiengesetz knüpft in einer Serie von Sondervorschriften an die Begriffe "Konzerne" und "Konzernunternehmen" an, wie z.B. in den Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats (§§ 97 Abs.1, 104 Abs.4 Satz 5) oder über die Aufstellung von Konzernabschlüssen (§§ 329 ff.).

Darüberhinaus gelten für die Konzernunternehmen, weil sie verbundene Unternehmen sind (§ 15 AktG) und der Unterordnungskonzern ein Abhängigkeitsverhältnis voraussetzt, die Vorschriften in Bezug auf verbundene Unternehmen und beim Unterordnungskonzern diejenigen über herrschende und abhängige Unternehmen.

Falls eine Abhängigkeit auf einer Mehrheitsbeteiligung beruht, finden ausserdem die Bestimmungen über die Mehrheitsbeteiligung Anwendung.

Findet die Abhängigkeit ihre Grundlage in einem Unternehmensvertrag (Gewinnabführungsvertrag, Gewinngemeinschaft, Teilgewinnabführungsverträge, Betriebsüberlassungsvertrag), dann greifen die diesbezüglichen Vorschriften ein (§§ 291 ff. AktG).

¹ Biedenkopf/Koppensteiner in: Kölner Kommentar,
§ 18 Rdn. 13

cc. Wechselseitig beteiligte Unternehmen.

Nach § 19 Abs.1 AktG sind wechselseitig beteiligte Unternehmen Kapitalgesellschaften und bergrechtliche Gewerkschaften mit Sitz im Inland, die dadurch verbunden sind, dass jedem Unternehmen mehr als 25 % der Anteile des anderen Unternehmens gehören.

Zwischen wechselseitig beteiligten Unternehmen kann ein Abhängigkeitsverhältnis begründet werden. Gehört nämlich einem der wechselseitig beteiligten Unternehmen an dem anderen Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung, oder kann das eine auf das andere unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben, so liegt gem. § 19 Abs.4 ein Abhängigkeitsverhältnis vor.

Als Rechtsfolgen der gegenseitigen Beteiligung sind u.a. die Mitteilungspflicht nach §§ 20, 21 AktG, und die Beschränkung der Rechte aus Anteilen gem. § 328 AktG zu nennen.

3. Die Übernahme der aktienrechtlichen Begriffe und Auslegungsgrundsätze in das Recht der Konzentrationskontrolle.

a. Nach der Erläuterung der aktienrechtlichen Grundsätze der im Tatbestand Nr. 5 verwendeten Begriffe "aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können", muss jetzt untersucht werden, wie diese im Recht der Konzentrationskontrolle angewendet werden können.

Primärer Ausgangspunkt bei dieser Untersuchung sind die unterschiedlichen Schutzzwecke des aktienrechtlichen Konzernrechtes und der Vorschriften der Konzentrationskontrolle.

Während das Aktienrechtliche Konzernrecht bei bestehenden Unternehmensverbindungen dem Schutz der Gesellschafter der abhängigen Gesellschaft dienen soll¹, und in diesem Sinne als statisch bezeichnet werden kann, ist es die Aufgabe der Konzentrationskontrolle, Vorgänge zu erfassen, welche die Herbeiführung oder Verstärkung einer Unternehmensverbindung betreffen, aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können².

Denn solche Vorgänge können, wie bemerkt³, die Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs beeinträchtigen, weil sie die Zahl der selbstständig planenden und handelnden Unternehmenseinheiten verringern.

Das Recht der Konzentrationskontrolle bezieht sich auf das Zustandekommen von Unternehmensverbindungen, welche

1 Regierungsbegründung zum Entwurf AktG 1962, aaO, S.94

2 Siehe oben S. 72 ff.; vgl. Rittner, Die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise, S. 43 f.

3 Siehe oben S. 70

nach ihrem Vollzug voraussichtlich den Bestimmungen des aktienrechtlichen Konzernrechtes unterliegen würden, und ist somit, im Gegensatz zum Konzernrecht, dynamischer Natur: sie greift in eine noch nicht auskristallisierte Entwicklung ein, mit dem Zweck, alle denkbaren Gestaltungsformen von Konzentrationsvorgängen zu erfassen, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann.

Dabei ist es durchaus möglich, dass ein Konzentrationsvorgang einen der Tatbestände des § 23 Abs.2 verwirklicht, ohne dass nach den Maßstäben des aktienrechtlichen Konzernrechtes ein Abhängigkeitsverhältnis gem. § 17 AktG und somit eine Unternehmensverbindung gem. § 15 AktG vorliegt.

Denn für die Anwendung des § 17 AktG wird eine Beherrschungsmöglichkeit vorausgesetzt, während bei den der Konzentrationskontrolle unterliegenden Vorgängen nicht einmal die Grundlagen der Beherrschungsmöglichkeit eindeutig feststehen: sie sollen nämlich gerade durch den Konzentrationsvorgang herbeigeführt werden.

Die Beurteilung noch nicht stabilisierter Unternehmensverbindungen verlangt logischerweise Zukunftsprognosen, die erheblich weiter gehen müssen als bei der Anwendung des § 17 AktG notwendig ist.

Besonders deutlich wird dieser Unterschied bei der Beurteilung einer Minderheitsbeteiligung.

Während nach der h.M. im aktienrechtlichen Konzernrecht der Besitz einer Minderheitsbeteiligung allein keine Beherrschungsgrundlage nach § 17 AktG bildet¹ definiert

¹ Vgl. oben S. 76

der Tatbestand Nr. 2 den Erwerb einer 25 %-Beteiligung als Zusammenschluss, der die Herbeiführung oder Verstärkung einer Unternehmensverbindung zur Folge hat, aufstund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann.

Der Erwerb einer Minderheitsbeteiligung ist vom Gesetzgeber in die Konzentrationskontrolle einbezogen worden, weil er potentiell die Marktstruktur ändert: im Moment des Zusammenschlusses ist er nach den konzernrechtlichen Maßstäben zwar noch nicht geeignet, eine neue wirtschaftliche Einheit zu bilden, doch kann er in der Zukunft dauerhaft das Verhalten der so verbundenen Unternehmen beeinflussen¹, und somit auf diese Weise zur Grundlage einer Beherrschung werden. Die im fünften Tatbestand formalisierte Beherrschungsmöglichkeit ist somit offensichtlich als "unwiderlegbare Vermutung"² in die vier ersten Tatbestände hineinzulesen.

b. Aus den obigen Ergebnissen geht hervor, dass es verfehlt ist, mit Ebel³ anzunehmen, dass der Tatbestand Nr. 5 eine generelle Regel enthält in dem Sinne, dass er die anderen Tatbestände einschränke⁴. Die Tatbestände 1 - 4, namentlich der 15 %-ige Beteiligungserwerb, seien vom Gesetzgeber aufgestellte Zusammenschlussvermutungen, die das erwerbende Unternehmen widerlegen kann, wenn es nachweist, dass der Erwerb nicht zu einem beherrschenden Einfluss auf das andere Unternehmen führen wird⁵.

1 Bechtold, Die Anwendbarkeit, WuW 1977, S. 460 ff., 466

2 Monopolkommission, Hauptgutachten, Tz 877

3 Ebel, Zusammenschlussbegriff, S. 749 ff., 751 f.

4 Ebenfalls abweisend: die h.M. wie etwa Lorenzberger, Rechtsfragen im Schwerpunkt 13-74, S. 39 ff., S. 39 f., Stinner, Kapitalerhöhung im Konzern, M. Luther, S. 147 ff., 148; Kleinmann Bechtold, § 23 Rdn. 98; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 44

5 Ebel, Zusammenschlussbegriff, aaO, S. 752

Ebel übersieht dabei die spezifische Aufgabe des Zusammenschlussbegriffs, die Konzentrationsvorgänge zu erfassen, die (potentiell) die Marktstruktur ändern. Inwieweit dies tatsächlich der Fall ist, muss im Rahmen der eingreifenden Kontrolle gem. § 24 untersucht werden¹. Darüberhinaus würde die Auffassung Ebels in der Praxis zu Rechtsunsicherheit führen, indem dann die beteiligten Unternehmen erst untersuchen müssten, ob der von ihnen durchgeführte Konzentrationsvorgang eine Beherrschung ermögliche. Vor allem in Bezug auf die Anwendung der mit dem Zusammenschlussbegriff verbundenen Rechtsvorschriften würde dies zu unzumutbaren Ergebnissen führen.

In diesem Zusammenhang ist allerdings auch die Ansicht von Huber² abzuweisen, wonach die eingreifende Kontrolle des § 24 Abs.1 nur auf solche Fälle anwendbar ist, durch die ein (oder mehrere) Unternehmen tatsächlich einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben könne³. Eine derartige Einschränkung hat im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden⁴.

Der Zusammenschlussbegriff ist für alle Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle identisch⁵. Ein der Auffassung von Huber ähnlicher Vorschlag der CDU/CSU-Fraktion wurde während des Gesetzgebungsverfahrens im Wirtschaftsausschuss des Bundestages abgelehnt⁶.

1 Siehe oben S. 29 ff.

2 Huber, Entstehung, WuW 1975, S. 371 ff., 375

3 Huber, aao; vgl. Witzel, Ausgestaltung, S. 35 ff.

4 Röhling, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff., 1586

5 Vgl. Fatscheck, Berücksichtigung, S. 94 f.

6 Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 7/765, S. 7

Für das Eintreten der Konzentrationskontrolle wird keine tatsächliche Beherrschung vorausgesetzt.

c. Schliesslich ist im Zusammenhang mit den obigen Ergebnissen Rittner¹ zuzustimmen, der die Auffassung vertritt, ein anderer Aufbau des Zusammenschlusskatalogs des § 23 Abs.2 hätte das Wesen des Zusammenschlussbegriffes besser zum Ausdruck bringen können. Zu denken ist dabei an die Formulierung:

"Als Zusammenschluss im Sinne dieses Gesetzes gilt jede Herbeiführung oder Änderung einer Unternehmensverbindung, aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können, namentlich jeder der folgenden Tatbestände (des § 23 II Nr. 1-4)".

¹ Rittner, Kapitalerhöhung, Festschrift M. Luther, S. 147 ff., S. 156, Fn. 34

III. Zusammenschluss zwischen bereits zusammengeschlossenen Unternehmen.

Oben¹ wurde schon auf die Problematik der mehrfachen Verwirklichung von Zusammenschlusstatbeständen zwischen denselben Unternehmen hingewiesen, welche ihre Ursache in der Komplexität und Vielgestaltigkeit der Zusammenschlusstatbestände des § 23 Abs.2 findet.

§ 23 Abs.3 Satz 1 stellt klar, dass eine bereits bestehende Unternehmensverbindung keinen Hinderungsgrund bildet, die Herbeiführung eines neuen Zusammenschlusses zwischen denselben Unternehmen als gegeben anzusehen² und beendet somit den bis zur Einführung mit der Novelle 1973 bestehenden Auslegungstreit zu § 23 Abs.2 Nr.5 a.F.³.

Kernstück der Regelung des § 23 Abs. 3 Satz 1 ist die einschränkende Voraussetzung, dass ein Zusammenschluss zwischen bereits im Sinne des § 23 Abs.2 zusammengeschlossenen Unternehmen nur dann angenommen werden kann, wenn es sich um eine wesentliche Verstärkung der schon bestehenden Unternehmensverbindung handelt.

Die Regierungsbegründung zum Entwurf 1971 bemerkt zu dieser Einschränkung, dass die beteiligten Unternehmen den Nachweis zu führen haben, dass keine wesentliche Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung vorliegt, "da sich angesichts der Vielfalt der in Abs.2 erfassten Zusammenschlussformen eine schematische Regelung nicht treffen lässt"⁴.

¹ Siehe oben S. 66

² Schaub, Anzeigepflicht, Festschrift Hartmann, S. 283 ff., 289

³ Vgl. dazu Frankfurter Kommentar, § 23 a.F., Tz 23; Bartholomeyczik im Gemeinschaftskommentar, 2.Aufl., § 23 a.F., Anm.10 m.w.N.

⁴ Regierungsbegründung, BT-Drucks. VI/2520, zu § 23 Abs.3 Satz 2, S. 28

Voraussetzung für die Anwendung des § 23 Abs.3 Satz 1 ist eine aufgrund eines Zusammenschlusses gem. § 23 zustandekomme Unternehmensverbindung. Wie wir oben dargelegt haben, geht der Gesetzgeber davon aus, dass die in § 23 Abs.2 aufgezählten Vorgänge eine Beherrschungsmöglichkeit begründen.

Eine wesentliche Verstärkung liegt somit vor, wenn die vorhandene Beherrschungsmöglichkeit erweitert wird¹.

Unerheblich ist, ob die Intensivierung der Beherrschungsmöglichkeit sich auf dem Markt auswirkt.

Die wettbewerbspolitische Bedeutung eines Zusammenschlussvorganges wird erst im Rahmen der Rechtsfolgevorschriften der Zusammenschlusskontrolle beurteilt².

In dem Fall Mannesmann-DEMAG³ z.B. bestand zwischen den beiden Unternehmen schon eine Verbindung in dem Sinne, dass Mannesmann eine Mehrheitsbeteiligung an DEMAG hatte. Die Unternehmen hatten vor, einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zu schliessen. Das BKartA nahm hier einen Zusammenschluss nach § 23 Abs.2 an, weil es sich um eine wesentliche Verstärkung handelte, untersagte aber nach einer Prüfung im Rahmen der eingreifenden Kontrolle nach § 24 nicht, weil die Marktverhältnisse nicht beeinträchtigt wurden⁴.

1 Schaub, Anzeigepflicht, Festschrift Harmann, S. 283 ff., 289; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 78

2 Siehe oben S. 29 ff.

3 TB BKartA 1974, S. 70

4 BKartA aaO: "Für eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens nach § 24 Abs.1 war von den Feststellungen auszugehen, die bei der vorausgegangenen Prüfung des Erwerbs der Mehrheitsbeteiligung getroffen sind. Die Feststellungen beruhten auf der Annahme, dass zwischen den beiden Unternehmen nach dem Erwerb der Mehrheitsbeteiligung der Wettbewerb ausgeschlossen ist. Die Verstärkung der bestehenden Verbindung durch Unternehmensvertrag ändert an dieser Annahme nichts"

IV. Der Begriff der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

1. Der Begriff "beteiligte Unternehmen" wird im Gesetz an verschiedenen Stellen verwendet¹. Dass es sich dabei um einen durchaus wichtigen Begriff handelt, geht schon daraus hervor, dass der Gesetzgeber in vielen Rechtsfolgevorschriften der Konzentrationskontrolle daran anknüpft. Die "beteiligten Unternehmen" sind z.B. zur Anzeige verpflichtet (§ 23 Abs.4), sie geraten aufgrund der Bekanntmachungsverpflichtungen des BKartA nach §§ 10, 50 in die Publizität, können Ordnungswidrigkeiten begehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 2 und 3) und sind im Falle einer Untersagung ggf. zur Auflösung des Zusammenschlusses verpflichtet (§ 24 Abs.6, 7).

Wegen dieser Vielzahl von mit der Beteiligtenstellung verbundenen Rechtsfolgen ist es also notwendig, genau zu wissen, wer am Zusammenschluss beteiligt ist.

Auch hier muss von dem Wesen und der Charakteristika des Zusammenschlussbegriffes ausgegangen werden². Danach sind die Konzentrationsvorgänge als Zusammenschluss zu bezeichnen, die eine Unternehmensverbindung herbeiführen oder verstärken, aufgrund deren voraussichtlich zumindest ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann. Folglich sind grundsätzlich "am Zusammenschluss beteiligt" das Unternehmen, das Einfluss auf ein anderes Unternehmen erwirbt, und dieses andere Unternehmen³.

1 Siehe oben S. 67, Fn. 1

2 Vgl. oben S. 68

3 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 83

Diese Unternehmen sind direkt am Zusammenschluss beteiligt.

Da aber die Zusammenschlusstatbestände nach Intensität und Gestaltung recht unterschiedlich sind, muss für jeden Tatbestand gesondert untersucht werden, welche Unternehmen an ihm beteiligt sind¹.

Diese Vielgestaltigkeit der Zusammenschlusstatbestände bringt es mit sich, dass es für die Rechtsfolgevorschriften nicht immer genügt oder überhaupt nicht möglich ist, an den direkt am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen anzuknüpfen.

In einigen Vorschriften wird deswegen der Kreis der direkt beteiligten Unternehmen erweitert auf die mit ihnen verbundenen Unternehmen, wie in § 23 Abs.3 Satz 3. Danach gelten auch die herrschenden Unternehmen und diejenigen Unternehmen, von denen das herrschende Unternehmen abhängig ist, als am Zusammenschluss beteiligt. Diese Fiktion bezieht sich nach der Verweisung in § 23 Abs.4 b, 2.Halbs. auf die Anzeigepflicht; über die Anzeigepflicht hinaus findet sie offensichtlich keine Anwendung².

In den weiteren Rechtsfolgevorschriften wird der Kreis der beteiligten Unternehmen, falls dies für den Fortgang der Konzentrationskontrolle notwendig ist, wie in § 23 Abs.5 und 6, jeweils aufgrund einer Verbundsklausel ausgedehnt auf die verbundenen Unternehmen. Das Gesetz

1 Vgl. Rittner, Publizität, in: Festschr.v.Caemmerer, S. 623 ff., S. 631, Fn. 32; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 83 ff.; Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 188 ff.

2 Rittner, Publizität, aaO, S. 635 f., der übrigens zum selben Ergebnis kommt in Bezug auf die Anwendung der sog. Zusammenschlussfiktion der abhängigen Unternehmen (aaO); a.A. Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 86

macht somit in der Sache offenbar einen Unterschied zwischen "am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen" und "am Kontrollverfahren beteiligten Unternehmen", gebraucht aber irreführenderweise dafür immer den gleichen Begriff des "Beteiligten". Daher ist in jedem Einzelfall für die verschiedenen Tatbestände zu untersuchen, um welche Sachregelung es geht und wie der Begriff auszulegen ist.

Wir werden die einzelnen Tatbestände der Reihe nach untersuchen und fangen dazu mit dem Tatbestand des Vermögenserwerbs an.

1. Für den Vermögenserwerb gem. Tatbestand Nr. 1 muss unterschieden werden zwischen Verschmelzung oder Umwandlung durch Aufnahme einerseits, und Erwerb in sonstiger Weise andererseits.

Bei Verschmelzung und Umwandlung durch Aufnahme, der weitestgehenden Zusammenschlussform, sind am Zusammenschluss die übertragende und die übernehmende Gesellschaft beteiligt. Diese beiden Unternehmen sind zur Anmeldung verpflichtet (§ 24 a Abs.1 Satz 2). Für die Anzeigepflicht sind zwar beide am Zusammenschluss beteiligt, am Verfahren jedoch nur das aufnehmende Unternehmen¹. Dies geht daraus hervor, dass übertragende Unternehmen nach vollzogenem Zusammenschluss erloschen ist.

Bei Erwerb in sonstiger Weise können nach neuester Rechtsprechung² auch Vermögensteile, wie Betriebsstätten erworben werden.

An dem Zusammenschluss beteiligt sind in derartigen Fällen der erworbene Vermögensteil, z.B. eine Betriebsstätte, und deren Erwerber. Denn zwischen ihnen findet die Zusammenführung von Leitungsmacht statt.

1 Vgl. § 23 Abs.4 Nr.1

2 BGH, "Zementmahlanlage", WuW/E, BGH 1175 = BGHZ 65,269; KG, "Kettenstichnähmaschinen", WuW/E, OLG, S. 1908 ff.

Da es aber der Betriebsstätte an der für die Rechtsfolgevorschriften notwendigen Rechtsfähigkeit¹ fehlt, ist neben dem Erwerber auch der Veräußerer am Kontrollverfahren beteiligt. Er ist gem. § 23 Abs.4 Nr.2b zur Anzeige verpflichtet. Der Inhalt seiner Anzeige betrifft logischerweise den von ihm veräußerten Vermögensteil, z.B. eine Betriebsstätte, denn von seinem Vermögen ist nur dieser Teil am Zusammenschluss beteiligt². Dementsprechend sind für die Berechnung der quantitativen Kriterien der Anzeigepflicht nur die Daten über die veräußerte Betriebsstätte anzugeben³.

Es würde keinen Sinn haben, das ganze Vermögen des Veräußerers mithineinzubeziehen, denn es gibt nach dem Erwerb keine einzige Verbindung mehr zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber⁴.

Im Falle einer Auflösungsverfügung gem. § 24 Abs.6 gehört m.E. der Veräußerer als am Kontrollverfahren Beteiligter neben den direkt beteiligten Unternehmen, welche sich tatsächlich zusammengeschlossen haben, zu den "zur Auflösung des Zusammenschlusses Verpflichteten" (§ 24 Abs.7 Nr.). Dies aber nur insoweit, als die Auflösung nur durch Rückerwerb von ihm möglich ist⁵.

1 Lanzenberger, Rechtsfragen, aaO, S. 37 ff.

2 A.A. der BGH, "Zementmahlanlage", aaO, Begründung sub II, 5, der einen Zusammenschluss zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer annimmt und sodann für die Berechnung der Anzeigekriterien das ganze Vermögen des Veräußerers berücksichtigt

3 Im Ergebnis ähnlich: Lanzenberger, Rechtsfragen, in: Schwerpunkte 1973/74, S. 29 ff., S.37 ff.; Greuner, Zu den Begriffen, GRUR 1976, S. 284 ff., 288

4 So auch Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 190

5 Im Ergebnis übereinstimmend: Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdn. 302

2. Beim Tatbestand Nr. 2, Erwerb von Anteilen an Unternehmen, sind am Zusammenschluss der Erwerber und das Unternehmen, dessen Anteile erworben werden, beteiligt. Denn das Gesetz geht davon aus, dass durch den Erwerb der Erwerber eine Beherrschungsmöglichkeit erhält über das Unternehmen an dem die Anteile erworben werden. Desselben ist darüberhinaus der Veräusserer am Kontrollverfahren beteiligt¹. Der Veräusserer ist gem. § 23 Abs.4 zur Anzeige und Anmeldung verpflichtet. Im Falle einer Auflösungsverfügung gehört m.E., wie beim Vermögenserwerb, der Veräusserer, als am Kontrollverfahren Beteiligter, neben dem direkt beteiligten Erwerber und dem Unternehmen, an dem die Anteile erworben werden, zu den "zur Auflösung des Zusammenschlusses Verpflichteten"². Er ist aber auch hier nur insoweit zur Auflösung verpflichtet, als die Auflösung nur durch Rückerwerb von ihm möglich ist.

3. Bei den Unternehmensverträgen sind die Vertragspartner in beiden Eigenschaften "beteiligt"³. Die Betriebsüberlassungsverträge bilden allerdings eine Ausnahme. Hier der überlassene Vermögensgegenstand, z.B. eine Betriebsstätte, und der Empfänger direkt beteiligt, denn der Empfänger gewinnt einen beherrschenden Einfluss auf die Betriebsstätte.

Am Verfahren beteiligt sind aber der Empfänger und der Verpächter. Denn nur diese sind rechtsfähig. Auf ihnen lastet die Anzeigepflicht gem. § 23 Abs.4 und die damit verbundenen weiteren Rechtsfolgen⁴.

4. Bei der Herbeiführung von Personengleichheit, Tatbestand Nr. 4, sind am Zusammenschluss- und Kontrollverfahren diejenigen Unternehmen beteiligt, deren Organe übereinstimmend besetzt werden⁵.

1 Lanzenberger, Fusionskontrolle, Auslegungsfragen, S. 75 ff., S. 86; Ebel, Zusammenschlussbegriff, DB 1974, S. 749 ff., 753

2 Vgl. § 24 Abs.7 Nr. 1; siehe S. 40

3 Lanzenberger, Rechtsfragen, Schwerpunkte 1973/74, S. 29 ff., S. 37

4 Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdn. 193; vgl. Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 85, 87

5 Ebenso Lanzenberger, Rechtsfragen, aaO

V. Die Fiktion des Zusammenschlusses zwischen abhängigen Unternehmen.

Bei einem Zusammenschluss herrschender Unternehmen gelten nach § 23 Abs.3 Satz 4 auch die von ihnen unmittelbar oder mittelbar abhängigen Gesellschaften ebenfalls als zusammengeschlossen. Diese die abhängigen Gesellschaften betreffende "Zusammenschlussfiktion" ist ein Anhängsel an den echten Zusammenschluss zwischen den Muttergesellschaften.

Es ist allerdings auf den ersten Blick unklar, auf welche konkreten Rechtsfolgen die Fiktion letzten Endes zielt. Der Gesetzgeber hat nämlich allgemeine, für die ganze Konzentrationskontrolle wichtige Regelungen, wie die Definition des Zusammenschlussbegriffes in § 23 Abs.2 und spezifische Anzeige- und Auskunftsvorschriften wie § 23 Abs.1 und 4 bis 6 in einem Paragraphen zusammengefasst. Die demzufolge entstandene Unübersichtlichkeit, von Rittner zu recht als "unklares Durcheinander" bezeichnet¹, wird dadurch noch vergrößert, dass § 23 Abs.3 sowohl allgemeine, den Zusammenschlussbegriff betreffende Regelungen umfasst, wie den Zusammenschluss bereits zusammengeschlossener Unternehmen², als auch spezifische Vorschriften, wie Satz 3, die "Beteiligungsfiktion"³.

Demgemäss muss in Bezug auf die Zusammenschlussfiktion des § 23 Abs.3 Satz 4 untersucht werden, ob hier eine Erweiterung des Zusammenschlussbegriffes des Abs.2 gemeint ist, in dem Sinne, dass immer neben dem Zusammenschluss der Muttergesellschaften ein weiterer (in den Rechtsfolgen unabhängiger) Zusammenschluss zwischen den abhängigen Tochtergesellschaften angenommen werden soll, oder ob die Regelung allein zu den Bestimmungen der Anzeigepflicht zu rechnen ist.

1 Rittner, Publizitätsprobleme in: Festschrift v. Ceammerer, S. 623 ff., S. 637

2 Siehe oben S. 89

3 Siehe oben S. 92

Im Gegensatz zu § 23 Abs.3 Satz 3, der "Beteiligungsfiktion", worauf § 23 Abs.4 verweist, wird im Gesetz nicht auf Abs. 3 Satz 4 verwiesen, sodass die oben genannten Möglichkeiten im Einzelnen untersucht werden müssen.

1. Die Zusammenschlussfiktion des § 23 Abs.3 Satz 4
als Erweiterung des Zusammenschlussbegriffes?

Der Frankfurter Kommentar¹, wie Kleinmann/Bechtold² sind der Auffassung, dass die Zusammenschlussfiktion des Satzes 4 dahingehend verstanden werden soll, dass nunmehr ein zweiter, neben dem Zusammenschluss der Muttergesellschaften selbständiger Zusammenschluss der abhängigen Tochterunternehmen angenommen werden soll. Dieser zusätzliche Tatbestand hätte insbesondere dann Bedeutung, wenn die sich zusammenschliessenden Muttergesellschaften ihren Sitz im Ausland haben³.

Aus der Tatsache, dass es hier um einen zusätzlichen Zusammenschlusstatbestand gehe, ergebe sich, dass auf jeder Seite mindestens eine abhängige Gesellschaft vorhanden sein muss⁴.

Die praktischen Schwierigkeiten die sich bei der Anzeigepflicht im Rahmen des § 23 Abs.5 Satz 1 ergeben, wonach u.a. die Form des angezeigten Zusammenschlusses angegeben werden muss, sollen dadurch vermieden werden, dass anstatt

1 § 23, Tz 76

2 § 23, Rdn. 107

3 Vgl. Regierungsbegründung zum Entwurf 1971, aaO, S.27; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 76, 121: Anlass zu § 23 Abs.3 Satz 4 soll die Fusion der schweizerischen Unternehmen Ciba und Geigy gewesen sein. Diese Unternehmen hatten in den USA Tochtergesellschaften, die nach dem Zusammenschluss der Mütter rechtlich selbständig blieben. Weil diese Unternehmen nunmehr unter einheitliche Leitung kamen, haben die amerikanischen Behörden darin einen Verstoss gegen Sect. 7 des Clayton Act gesehen.

4 So der Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 76; Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 170; a.A. Lanzenberger, Rechtsfragen, Schwerpunkte, 1973/74, S. 29ff.

des fingierten Zusammenschlusses der ja keine wirkliche Form hat, der wirkliche Zusammenschluss (der herrschenden Unternehmen) angezeigt werden soll¹.

Übersehen wird dabei, dass der Zusammenschlussbegriff nicht nur für die Anzeigepflicht nach § 23 als Tatbestandsvoraussetzung Bedeutung hat, sondern ebenfalls für die Anmeldepflicht und die eingreifende Kontrolle gem. § 24. Gerade hier offenbaren sich aber die praktischen Unvollkommenheiten der oben dargelegten Auffassung.

Denn wie soll z.B. im Falle eines Zusammenschlusses ausländischer Mütter eine Anmeldung nach § 24 a oder eine Untersagung nach § 24 auf die Zusammenschlussfiktion der inländischen Töchter angewandt oder durchgesetzt werden?

Man darf davon ausgehen, dass der Gesetzgeber nicht angenommen hat, Tochtergesellschaften, die nach dem Zusammenschluss der Mütter selbständig bleiben, bei Vorliegen der Voraussetzung des § 24 Abs.1, einen fiktiven Zusammenschluss untersagen zu können. Vor allem beim Auflösungsverfahren müsste eine solche Konstruktion zu kuriosen Ergebnissen führen.

Demnach ist anzunehmen, dass die Zusammenschlussfiktion des § 23 Abs.3 Satz 4 nicht als eine für die ganze Konzentrationskontrolle geltende Ausdehnung des Zusammenschlussbegriffes betrachtet werden kann.

2. Die Zusammenschlussfiktion des § 23 Abs. 3 Satz 4 als Vorschrift der Anzeigepflicht?

Zu untersuchen ist sodann, ob die Zusammenschlussfiktion des § 23 Abs.3 Satz 4 im Rahmen der Vorschriften der Anzeigepflicht eine Anwendung finden kann.

¹ Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 174

Für die Berechnung der Grössenkriterien des Abs.1 gilt aber schon die Verbundklausel, wonach verbundene Unternehmen, wie abhängige oder herrschende Unternehmen, als einheitliche Unternehmen anzusehen sind.

Ähnliches gilt, wie schon oben bemerkt, für Abs. 5 und 6, die beide ihre eigene Verbundklausel haben¹.

Für den Anwendungsbereich des § 23 Abs.3 Satz 4 bleibt folglich, wie im Falle des Abs.3 Satz 3, nur Abs.4 übrig, in dem Sinne, dass der Kreis der anzeigepflichtigen Unternehmen aufgrund des § 23 Abs.3 Satz 4 nunmehr auch die abhängigen Unternehmen umfasst.

Aber auch hier dürften sich, vor allem in Bezug auf die schon aufgeführten ausländischen Mütter mit ihren inländischen Tochtergesellschaften, praktische Schwierigkeiten ergeben.

Zu denken wäre z.B. hier an die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige, die bei nicht rechtzeitiger Information der deutschen Töchter durch die ausländischen Mütter zu einer "Farce" wird.

1 Vgl. oben S.92

VI. Zwischenerwerb von Anteilen durch Kreditinstitute.

Wenn ein Kreditinstitut¹ bei der Gründung oder Kapitalerhöhung eines Unternehmens oder sonst im Rahmen seines Geschäftsbetriebes Anteile an einem anderen Unternehmen zum Zwecke der Veräußerung auf dem Markt erwirbt, liegt kein Zusammenschluss vor, solange es das Stimmrecht aus diesen Anteilen nicht ausübt und sofern die Veräußerung innerhalb eines Jahres erfolgt.

Mit dieser Sonderregelung, die sachlich eine Einschränkung der Zusammenschlusskontrolle darstellt, soll den Besonderheiten und dem spezifischen Charakter der Beteiligung von Kreditinstituten an Zusammenschlussvorgängen Rechnung getragen werden².

Da das Gesetz unterstellt, dass aufgrund von Zusammenschlüssen nach § 23 Abs.2 grundsätzlich eine neue wirtschaftliche Einheit entsteht, welche über die Gesamtheit der Ressourcen disponieren kann, welche den zusammengeschlossenen Unternehmen zur Verfügung stehen³, musste für die Kreditinstitute eine Ausnahme gemacht werden.

Wenn nämlich ein Kreditinstitut im Rahmen seines Geschäftsbetriebes Anteile erwirbt, mit dem Zweck, diese schnellstens wieder auf dem Markt zu veräußern, wird keine wirtschaftliche Einheit zwischen dem Kreditinstitut und dem Unternehmen, an dem die Anteile erworben werden, begründet.

1 § 1 KWG (Gesetz über das Kreditwesen, 10.7.1961, BGBl. I, S. 881): "Unternehmen die Bankgeschäfte betreiben, wenn der Umfang dieser Geschäfte einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert"

2 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO, S.27; Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 163

3 Vgl. oben S. 70

Dies steht allerdings unter der Voraussetzung, dass das mit den erworbenen Anteilen verbundene Stimmrecht nicht ausgeübt wird.

So hat das BKartA im Fall Bayerische Landesbank/Girozentrale und Heilmann-Littmann Bau AG¹ den Erwerb einer 25 %-Beteiligung durch die Bayerische Landesbank als Zusammenschluss angesehen, obwohl es sich dabei um Anteilserwerb durch ein Kreditinstitut im Rahmen des Wertpapierhandels des Unternehmens zum Zweck der Wiederveräußerung handelte. Die Landesbank hatte erklärt, sie wolle in der Hauptversammlung von Heilmann und Littmann ihr Stimmrecht ausüben. In der Ausübung des Stimmrechtes liegt, so das BKartA, der Vollzug des Zusammenschlusses. Dieser Erwerb wurde nicht von der Sonderregelung erfasst, weil durch die Ausübung des Stimmrechtes die Willensbildung des anderen Unternehmens beeinflusst wurde und folglich eine neue wirtschaftliche Einheit begründet werden konnte. Das wäre auch dann der Fall gewesen, wenn ein Treuhänder die Anteile für die Bank gehalten hätte und ihren Weisungen hinsichtlich der Rechte aus den Anteilen unterlegen hätte². Nur die Ausübung des Stimmrechtes in der ersten Hauptversammlung nach der Gründung führt nicht zu einem Zusammenschluss, weil sie im allgemeinen nötig ist, um das neue Unternehmen "lebens- und funktionsfähig"³ zu machen.

Die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung dürften in Sanierungsfällen spezifische Schwierigkeiten bereiten, da es oft unumgänglich ist in solchen Fällen das Stimmrecht auszuüben oder die Weiterveräußerung innerhalb eines Jahres durchzuführen⁴.

1 BKartA, TB 1974, S. 40

2 Niederleithinger, Praxis der Marktbeherrschung, Schwerpunkte 1974/75, S. 81

3 Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 167

4 Niederleithinger, aaO

Dem wäre dann im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle nach § 24 Rechnung zu tragen, da die Sonderregelung hierfür keine Ausnahme vorsieht.

Die Regelung gilt allerdings nur für den Anteilserwerb und kann nicht analog auf die anderen Tatbestände angewendet werden.

Das hängt damit zusammen, dass beim Anteilserwerb das Unternehmen an dem die Anteile erworben werden, weiterhin über ein handlungsfähiges Organ verfügt, das, wenn die Stimmrechte nicht ausgeübt werden, eine vom Kreditinstitut unabhängige Geschäftspolitik weiterführen kann.

Bei einem zeitlich begrenzten Erwerb von Vermögen eines anderen Unternehmens oder einer vorübergehenden Besetzung des Aufsichtsrates mit Personen, die den Weisungen des Kreditinstituts zu folgen haben, erlischt die erforderliche Unabhängigkeit der Willensbildung des anderen Unternehmens, und an ihre Stelle tritt eine Abhängigkeit, welche eine wirtschaftliche Einheit des Kreditinstituts mit dem anderen Unternehmen herbeiführen kann und somit der Konzentrationskontrolle zu unterliegen hat.

2. Kapitel.

Der Vermögenserwerb (Tatbestand Nr. 1).

A. Einführung.

§ 23 Abs. 2 definiert in Nr. 1 als Zusammenschluss jeden Konzentrationsvorgang, bei dem ein Unternehmen durch Verschmelzung, Umwandlung oder in sonstiger Weise das Vermögen eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil erwirbt.

Während § 23 Abs. 2 a.F. in seiner tatbestandlichen Umschreibung noch unterschied zwischen Verschmelzung mit anderen Unternehmen (Nr. 1 a.F.), Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen (Nr. 2 a.F.) und Erwerb des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen (Nr. 3 a.F.), wollte der Gesetzgeber mit der Novelle von 1973 diese 3 Vorgänge zu einem Tatbestand zusammenfassen und zwar mit der Begründung, dass Verschmelzung mit einem anderen Unternehmen ein Unterfall des Erwerbes anderer Unternehmen sei¹. In der Regierungsbegründung wird allerdings nicht auf die Frage eingegangen, inwieweit der Tatbestand Nr. 3 a.F., der Erwerb von Betriebsstätten, in den neuen Tatbestand Nr. 1 übernommen worden ist².

Aus der Formulierung der heutigen Nr. 1 ist jedoch abzuleiten, dass nunmehr grundsätzlich an das Unternehmensvermögen als Ganzes angeknüpft wird³. Zu prüfen ist allerdings, wie weit hiervon mit der Satzwendung "zu einem wesentlichen Teil" abgewichen wird (C). Zunächst werden wir aber untersuchen, auf welche Weise der Vermögenserwerb nach § 23 Abs. 2 stattfinden kann (B).

1 Erster Ref.Entw., Begründung zu § 23, S. 84

2 Vgl. hierzu Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 43

3 Vgl. Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 582

B. Die Erwerbsweisen.

Das Gesetz nennt zwar als Erwerbsweisen *expressis verbis* Verschmelzung und Umwandlung, lässt aber durch die Hinzufügung des Satzteils "in sonstiger Weise" erkennen, dass grundsätzlich jeder Erwerb von Vermögen als Erwerb i.S. des Abs.2 Nr. 1 gilt, sowohl im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, als auch durch Einzelübertragungen¹.

Da es für die Konzentrationskontrolle vor allem auf das Ergebnis eines Vorgangs ankommt, sind die gewählten Übergangsformen unerheblich²; ebensowenig kommt es auf die rechtlichen Gründe oder die Motive an, die dem Erwerb zugrunde liegen³.

Als wichtigste "Unterfälle"⁴ des Vermögenserwerbs hebt der Tatbestand der Nr. 1 die Verschmelzung und die Umwandlung hervor.

1 Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 735, Ebel Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S. 749 ff., 749

2 Langen, Kommentar, § 23, Tz 8

3 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 34

4 Erster Referentenentwurf, Begründung zu § 23, S. 84

I. Begriffliche Grundlagen.

1. Die Verschmelzung.

Die Verschmelzung ist im deutschen Gesellschaftsrecht bislang für die folgenden Fälle gesetzlich geregelt: Verschmelzung mehrerer Aktiengesellschaften (§§ 339-353 AktG; 15, 23 f. UmwStG¹; 15 KStG²), Verschmelzung mehrerer KGaA oder von KGaA mit AG (§§ 354 AktG; 15, 23 f. UmwStG; 15 KStG), Verschmelzung von Versicherungsvereinen (§§ 44 a, 53 a VAG³, 23 UmwStG), Verschmelzung mehrerer Genossenschaften (§§ 93 a - 93 s GenG; 23 UmwStG), Verschmelzung einer GmbH mit einer AG oder einer KGaA (§§ 355, 356 AktG; 15, 23 UmwStG, 15 KStG), und die Verschmelzung einer bergrechtlichen Gewerkschaft mit einer AG oder einer KGaA (§§ 357, 358 AktG; 15, 23 UmwStG; 15 KStG).

Bisher wurden diese Regelungen in der konzernrechtlichen Literatur als abschliessend angesehen⁴. Entsprechend wird auch in kartellrechtlichen Veröffentlichungen - soweit ersichtlich - allein die Auffassung vertreten, dass nur die von den genannten Vorschriften erfassten Vorgänge als Verschmelzung i.S.d. § 23 Abs.2 Nr.1 gelten⁵.

Das GWB verwendet den Begriff Verschmelzung somit im bisher aus anderen Rechtsbereichen bekannten Sinne⁶.

1 Gesetz über steuerliche Massnahmen bei Änderung der Unternehmensform vom 14.8.1969 (BGBl. I, S. 1163)

2 Körperschaftssteuergesetz vom 24.5.1965 (BGBl. I, S. 450)

3 Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen vom 6.6.1931, (RGBl. I, S. 315)

4 Vgl. z.B. Würdinger, Konzernrecht, S. 203 (§ 42, I, 4)

5 Vgl. z.B. Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 35

6 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 16

Als Verschmelzung wird jener Vorgang bezeichnet, bei dem die Vereinigung der Vermögen zweier oder mehrerer Gesellschaften unter Ausschluss der Abwicklung in der Weise erfolgt, dass die Beteiligungen (Mitgliedschaften) an dem Vermögen der Übertragenden, und durch die Übertragung von selbst erlöschenden, Gesellschaft als Beteiligungen (Mitgliedschaften) an dem durch die Vereinigung entstandenen Gesamtvermögen der übernehmenden oder neu errichteten Gesellschaft sich fortsetzen¹.

Als Grundmerkmal der Verschmelzung gilt also die Vereinigung von Gesellschaften, ohne Abwicklung und gegen Gewährung von Aktien an die alten Gesellschafter².

Das Vermögen muss als Ganzes im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden, wobei keine Vermögensgegenstände ausgenommen werden können³. § 339 AktG unterscheidet zwischen Verschmelzung durch Aufnahme, wobei das Vermögen der übertragenden Gesellschaft übergeht, und die erste erlischt, und Verschmelzung durch Neubildung, welche zur Folge hat, dass die fusionierenden Gesellschaften alle erlöschen und dass ihr Vermögen im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge auf eine neugebildete Gesellschaft übergeht. Bei einer Verschmelzung durch Neubildung können im Gegensatz zu einer Verschmelzung durch Aufnahme mehr als zwei Unternehmen verschmolzen werden⁴.

1 Würdinger, Konzernrecht, S. 201 (§ 42 I, 1)

2 Kraft, Kölner Kommentar zum AktG, § 339, Anm.11; Ausnahme siehe § 344 Abs.2 AktG (Barzahlung), vgl. Kraft, aaO, § 344 Anm.10 ff.

3 Kraft, aaO, § 339, Anm.36; Godin/Wilhelmi, Kommentar, AktG, § 339 Anm.6

4 Godin/Wilhelmi, aaO, § 339 Anm.7; Kraft, aaO, § 339 Anm. 9, 10

2. Die Umwandlung

Auch mit dem Begriff der Umwandlung knüpft der Gesetzgeber an eine im Gesellschafts- und Konzernrecht ausführlich geregelte Erscheinung an.

Sie ist im AktG und vor allem im Umwandlungsgesetz¹ behandelt.

Das Wesen der Umwandlung besteht in der Veränderung der Rechtsform eines Unternehmens ohne Liquidation und Einzelübertragung der Vermögensgegenstände².

Die gesetzlichen Regelungen unterscheiden zwischen formwandelnder und übertragender Umwandlung. Bei einer formwandelnden Umwandlung (§§ 362 ff. AktG, 63 ff. UmwG) bleibt die Identität der sich umwandelnden Gesellschaft erhalten, sie ändert lediglich ihre Rechtsform. Als formwandelnde Umwandlung kommen etwa in Betracht:

- Übergang von der AG oder KGaA zur GmbH, und umgekehrt (§§ 362 ff. AktG) sowie von der bergrechtlichen Gewerkschaft zur GmbH (§ 384 f.);
- Übergang von der Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts zur GmbH (§§ 385 a AktG) sowie der Übergang von Realgemeinden und ähnlichen Verbänden, Kolonialgesellschaften zu AG (§§ 57 ff. UmwG).

Die übertragende Umwandlung wird in §§ 1 - 56 UmwG geregelt. Sie findet statt durch die Übertragung des Vermögens einer aufzulösenden Gesellschaft im Wege einer

1 Umwandlungsgesetz (UmwG) vom 6.11.1969, BGBl. I, S. 2081

2 Meyer-Landrut, in: Grosskommentar, § 369, Anm. 1

Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere Gesellschaft, wobei die Identität des Rechtsträgers wechselt.

Fälle der Übertragenden Umwandlung i.S. des Gesetzes sind:

- die Umwandlung von einer Kapitalgesellschaft (AG, KGaA, GmbH) oder bergrechtliche Gewerkschaften durch Übertragung des Vermögens auf eine Personengesellschaft oder auf einen Gesellschafter (§§ 1 ff. UmwG);
- von einer Personenhandelsgesellschaft in eine AG oder KGaA (§§ 40 ff. UmwG) oder in eine GmbH (§§ 46 ff. UmwG);
- von einem Einzelkaufmann in eine AG oder KGaA (§§ 50 ff. UmwG),
- von dem Unternehmen einer Gebietskörperschaft u.ä. in eine AG oder GmbH (§§ 57 ff. UmwG).

In den Fällen, in denen das übernehmende Rechtssubjekt schon vor der Umwandlung besteht, handelt es sich um eine sogenannte verschmelzende Umwandlung. Wenn dagegen der übernehmende Rechtsträger erst im Zuge der Umwandlung entsteht, wird die Umwandlung als errichtend bezeichnet¹.

Die im AktG und im UmwG enthaltenen Regelungen gelten, wie die gesetzlichen Bestimmungen der Verschmelzung, als abschliessend und erschöpfend².

1 Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 274, 275

2 Würdinger, Konzernrecht, S. 222

3. Erwerb in sonstiger Weise.

Als Zusammenschluss gelten nach diesem Tatbestand weiter alle sonstigen Fälle von Vermögenserwerb, welche nicht als Verschmelzung oder Umwandlung bezeichnet werden können.

Dabei kann es sich handeln um andere Fälle von Gesamtrechtsnachfolge wie z.B. die Übertragung des Vermögens einer AG auf die öffentliche Hand (§ 359 AktG) oder um Einzelübertragungen, wie z.B. die Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer AG oder einer KGaA (§ 361 AktG) durch Erbschaft.

Während die Einzelübertragung grundsätzlich immer möglich ist, gibt es die Gesamtrechtsnachfolge nur in den vom Gesetz besonders geregelten Fällen².

1 So Ebel: Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S. 7495, vgl. auch zu den Sonderproblemen bei Erwerb von Todeswegen: Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 33

2 Vgl. Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 28

II. Übernahme der aktienrechtlichen Begriffe in das Recht der Konzentrationskontrolle.

Rechtfertigungsgrund der gesamten Zusammenschlusskontrolle ist, dass die Herbeiführung oder Verstärkung einer Unternehmensverbindung, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, überwacht werden soll. Die obigen aktienrechtlichen Begriffe können demgemäss nur soweit sie dieser ratio entsprechen, bei der Auslegung des Zusammenschlussbegriffes übernommen werden.

Die formwandelnde Umwandlung kommt folglich nicht als den Zusammenschlusstatbestand erfüllender Vorgang in Betracht, weil sie selbst keine Unternehmensverbindung herbeiführt oder verstärkt. Das sich umwandelnde Unternehmen wechselt durch die Änderung seiner Rechtsform lediglich seine Identität², Die Verschmelzung und übertragende Umwandlung dagegen füllen dieses Wesensmerkmal des Zusammenschlussbegriffes aus, da sie durch Aufnahme, Neubildung oder Umwandlung zu neuen rechtlichen Einheiten führen, und nicht nur eine Beherrschungsmöglichkeit, sondern die weitestgehende Zusammenfassung von Leitungsmacht begründen³.

Diese Tatsache ist auch zu berücksichtigen, wenn Unternehmen fusionieren, die schon durch Beteiligungen gem. Tatbestand Nr. 2 verbunden waren.

1 Vgl. oben, S. 70

2 So auch: Ebel, Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S. 749 ff. 749; Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 735; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 37; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 23; a.A. Röhlting, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff., 1586

3 Vgl. Ebel, Zusammenschlussbegriff, aaO, S. 751; Kraft, in: Kölner Kommentar, § 339, Anm. 2

Nach § 23 Abs.3 Satz 1 liegt auch ein Zusammenschluss gem. Abs.2 vor, wenn die beteiligten Unternehmen bereits vorher i.S. des Abs.2 zusammengeschlossen waren, es sei denn, der Zusammenschluss führt nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bereits bestehenden Unternehmensverbindung.

Wie oben bemerkt¹ ist das Vorliegen einer wesentlichen Verstärkung u.a. daran abzumessen, ob sich die Beherrschungsmöglichkeit intensiviert. Wenn eine Unternehmensverbindung durch Verschmelzung oder Umwandlung dermassen verstärkt wird, dass die bestehende Beherrschungsmöglichkeit zu einem völligen Ineinander-aufgehen der beteiligten Unternehmen ausgedehnt wird, dann bedeutet das eine wesentliche Verstärkung der diesbezüglichen Unternehmensverbindung. Dies gilt auch, wenn eine Muttergesellschaft mit ihrer 100 % - Tochtergesellschaft fusioniert². Denn nach §§ 311 ff. AktG wird ein herrschendes Unternehmen, das seinen Einfluss (auch bei einer 100 % Beteiligung) dazu verwendet, ein abhängiges Unternehmen zu veranlassen, sich selbst zu benachteiligen, entschädigungspflichtig. Diese Einschränkung erlischt bei Verschmelzung der Mutter und Tochtergesellschaft. Die Mutter kann als "nunmehrige Eigentümerin" der Tochter über diese frei disponieren³.

Im Falle einer übertragenden Umwandlung muss darauf geachtet werden, dass der Gesetzestext vom Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens spricht. Daraus ist einmal zu folgern, dass der Veräußerer Unternehmen sein muss.

1 Siehe S. 89

2 So auch Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 734; a.A. Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 78; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn.159

3 Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 734

Zur Zeit ist es noch unklar und kontrovers, ob ein Privater nur deswegen, weil er Beteiligungen hält, hier schon in dieser Qualität als Unternehmen anzusehen ist¹. Ebenfalls umstritten ist die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland und sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften aufgrund einer Beteiligung als Unternehmen zu bezeichnen sind².

Zum anderen muss auch derjenige, der das Vermögen erwirbt, Unternehmen sein.

Es genügt nicht, wenn er diese Eigenschaft erst mit der Umwandlung erwirbt, wie z.B. bei Umwandlung einer AG auf den Allein- oder Hauptgesellschafter, der bisher Privatmann war, und nur infolge der Fortführung des erworbenen Geschäftsbetriebes "Unternehmen" wird (§ 15 UmwG)³.

1 Vgl. Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 184, 185; die h.M. verneint in diesem Zusammenhang die analoge Anwendung der "Flick-Klausel" des § 23 Abs.2 Nr.2 auf andere Zusammenschlusstatbestände (siehe dazu auch 3. Kapitel, S. 139)

2 Vgl. zum Stand der Meinungen: Zöllner, Zum Unternehmensbegriff, ZGR 1976, S. 1 ff., S. 2 f.; Wiedemann-Martens, Unternehmensqualifikation, AG 1976, S. 197 ff.; Emmerich, Fusionskontrolle, in: Festschr. Böhm (1975) S. 119 ff., S. 122 f.

3 Würdinger, Arten und Formen, aaO, S. 734

C. Das Erwerbsobjekt.

Wenn ein Unternehmen das ganze Vermögen eines anderen Unternehmens oder dessen Vermögen zu einem wesentlichen Teil erwirbt, so gilt dies als Zusammenschluss von Unternehmen. Erwerbsobjekt ist somit das ganze Vermögen eines Unternehmens oder das Vermögen eines Unternehmens zu einem wesentlichen Teil.

I. Das ganze Vermögen eines Unternehmens.

Unter das (ganze) Vermögen eines Unternehmens fallen zunächst einmal die Objekte, welche vom zivilrechtlichen Vermögensbegriff erfasst werden¹.

Im Zivilrecht wird unter den Begriff die Gesamtheit der Rechte, die zur Befriedigung der Bedürfnisse einer Person dienen², oder auch das Gesamtvermögen, das sich aus Vermögensrechten und Schulden zusammensetzt³ gestellt.

Da es sich in Tatbestand Nr. 1 um Unternehmensvermögen handelt, das nach dem Wortlaut des Gesetzes sogar als "Unternehmen" fingiert wird⁴, umfasst der hier verwendete Vermögensbegriff auch tatsächliche Umstände, die wegen ihrer wirtschaftlichen Bedeutung zum Unternehmensvermögen gehören, obwohl sie im zivilrechtlichen Sinn nicht als Vermögensrechte, sondern als Vermögensinteressen bezeichnet werden⁵, wie Kundenkreis, Goodwill und Absatzorganisation. Voraussetzung ist, dass sie als Gegenstand des Geschäftsverkehrs in Betracht kommen, und dass für sie normalerweise ein Entgelt bezahlt wird⁶.

1 Vgl. dazu: Rittner, Die Veränderungen des Vermögens, in: Landesreferate zum Uppsala-Kongress, S. 129 ff.

2 Enneccerus -Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 841

3 Lange, BGB Allgemeiner Teil, § 32 I, 2 a

4 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 31

5 Enneccerus -Nipperdey, aaO, S. 842 (II 3)

6 Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn.37

In welchem Umfang das Unternehmensvermögen erworben wird, hängt von der Erwerbsweise ab.

Bei Erwerb durch Verschmelzung und Umwandlung vollzieht sich der Vermögensübergang im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge, wobei das gesamte Vermögen einer Gesellschaft, einschliesslich der Schulden, auf den Erwerber übergeht.

Das Vermögen muss als Ganzes übertragen werden, ohne Ausnahme einzelner Vermögensgegenstände¹. Zum Vermögen im Falle des Erwerbs durch Verschmelzung oder Umwandlung gehören z.B. die gesamten Anlagen, Maschinen, Gebäude, Grundstücke, Hypotheken, Forderungen sowie Verpflichtungen gegenüber Gesellschaftsgläubigern, Pensions- und Versorgungsansprüche, Miet- und Pachtverträge und aus Arbeitsverhältnissen entspringende Verpflichtungen².

Da aber das Gesetz auch Erwerb des ganzen Vermögens auf andere Weisen als Zusammenschluss ansieht, werden auch die Fälle erfasst, in denen durch die Veräusserung des gesamten Vermögens der Bestand der veräussernden Gesellschaft nicht berührt wird, z.B. Erwerb des ganzen Vermögens eines Unternehmens durch Einzelübertragung der Aktiva. Die veräussernde Gesellschaft bleibt den Gläubigern weiterhin verhaftet³, da hier das erworbene Unternehmensvermögen im Gegensatz zum Erwerb im Wege einer Gesamtrechtsnachfolge, nicht die Passiva umfasst.

¹ Kraft, in: Kölner Kommentar, § 339, Anm. 36;
Godin-Wilhelmi, Kommentar, AktG, § 339 Anm. 5

² Vgl. Würdinger, Konzernrecht (§ 43 D II), S. 214

³ Würdinger, aaO, (§ 45 II), S. 221

Es hängt also von den Erwerbsweisen ab, ob "das ganze Vermögen eines Unternehmens" auch die Schulden mit umfasst.

Wenn das Vermögen, mit oder ohne Passiva, nicht ganz, sondern nur teilweise erworben wird, liegt nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht immer ein Zusammenschluss vor. Dies ist nur der Fall, wenn der Erwerb das Vermögen zu einem wesentlichen Teil betrifft.

II. Das Vermögen eines Unternehmens zu einem wesentlichen Teil.

1. Einführung.

Das Gesetz definiert nicht nur den Erwerb des ganzen Vermögens eines Unternehmens als Zusammenschluss sondern auch den Erwerb des Unternehmensvermögens "zu einem wesentlichen Teil".

Die Auffassung im Schrifttum über die Auslegung der Satzwendung "zu einem wesentlichen Teil" sind seit der Einführung dieser Formulierung mit der Novelle 1973 kontrovers¹.

Der BGH hat sich in dem stark umstrittenen Urteil "Zementmahanlage" ebenfalls ausführlich mit dieser Auslegungsproblematik befasst².

¹ Vgl. etwa: Lanzenberger, Fusionskontrolle, in: Auslegungsfragen, S. 75 ff., S. 81; Kirschstein, Marktmacht, S. 81; Würdinger, Arten und Formen, WuW, S. 731 ff., 736; Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff., 584; Ebel, Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S. 749 ff., 750; Röhling, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff., 1586; Witzel, Ausgestaltung, S. 11

² Urteil vom 20.11.1975, WuW/E BGH 1175 = BGHZ 65, 269; Kritisch dazu u.a. Rittner, Erw.Anzeigepflicht, NJW 1976, S. 546 ff.; Kroitzsch, Der Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils, WuW 1977, S. 235 ff.; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 41; Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 47

a. Die Auslegungsfragen.

Mangels ausdrücklicher Bewertungsmaßstäbe im Gesetzestext für die Wesentlichkeit des Vermögensteils werden für diesen Abgrenzung verschiedene Bezugsgrößen herangezogen. In der Literatur herrschen drei verschiedenen Auffassungen vor.

Die h.M. vertritt die Ansicht, dass es für die Abgrenzung auf die Relation des veräußerten Vermögensteils zum Gesamtvermögen des Veräußerers ankommt und knüpft somit an das Vermögen des Veräußerers als Bezugselement des Wortes "wesentlich" an.

Daraus gehe hervor, dass nur das Gesamtvermögen mit Ausnahme unwesentlicher Teile als "wesentlich" bezeichnet werden kann¹.

Dem wird entgegengehalten, dass bei einer derartigen Interpretation die Kleinunternehmen benachteiligt würden, weil derselbe Vermögensteil im Rahmen eines Grossunternehmens niemals unter die Anzeigepflicht fallen würde, während ein kleines Unternehmen im Vergleich zu dessen Vermögen derselbe Vermögensteil als "wesentlich" erscheinen würde, den Erwerb anzuzeigen hätte². Deshalb komme es nicht so sehr darauf an, ob der veräußerte Vermögensteil in seinem Verhältnis zum Gesamtvermögen als "wesentlich" bezeichnet werden kann, sondern vielmehr auf die Marktverhältnisse. Diese würden z.B. wesentlich beeinflusst, wenn sich ein Unternehmen durch Veräußerung von Vermögensteilen aus einem unternehmerischen Tätigkeitsbereich völlig zurückziehen würde³.

1 Vgl. Würdinger, Arten und Formen, WuW 1972, S. 731 ff., 736; Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff., 584; Witzel, Ausgestaltung, S. 11

2 Lanzenberger, Fusionskontrolle in: Auslegungsfragen, S. 75 ff., S. 81; Kirschstein, Marktmacht, S. 81

3 So BKartA, TB 1973, BT-Drucks. 7/2250, S. 69 (Mannesmann-Handel/Raab Karcher)

Schliesslich wird das Tatbestandsmerkmal "zu einem wesentlichen Teil" dahin verstanden, dass - im Sinne einer Bagatellklausel - nur der Erwerb geringster Teile des Vermögens eines Unternehmens (Betriebskantine) von der Konzentrationskontrolle nicht erfasst werden soll¹.

Die nächsten Beispiele illustrieren die etwaigen Folgen der jeweiligen Auffassungen für die Praxis.

Beispiel 1: Ein Mineralölkonzern A (Umsatzmilliardär) veräussert dem Chemiegiganten B seine Plastikwerke (Umsatz 50 Mio DM) und scheidet damit aus dem diesbezüglichen Markt aus. Obwohl die veräusserten Werke im Vergleich zum Gesamtvermögen des Konzerns nicht wesentlich sind, hat die Veräusserung voraussichtlich nicht unerhebliche Folgen auf dem betreffenden Markt.

Beispiel 2: Der Chemiegigant erwirbt weiter noch das Chemieunternehmen X (Umsatz 80 Mio DM). Von dem Erwerb ausgeschlossen bleibt ein X gehörendes Tankschiff, das zum Transport chemischer Stoffe dient (Wert 4 Mio DM).

Bei Anwendung der Auffassung der h.M., dass es bei der Abgrenzung des Begriffs "wesentlich" ankommt auf die Relation zwischen dem Gesamtvermögen und den veräusserten Vermögensteilen, würde nur in Beispiel 2 ein Zusammenschluss i.S.d. § 23 Abs. 2 Nr. 1 vorliegen. Dagegen würden nach den anderen Auffassungen beide Fälle als Zusammenschluss angesehen werden.

¹ Röhling, Fusionskontrolle, DB 1975, S. 1585 ff., 1586

Das erste Beispiel weist auf ein in diesem Zusammenhang grundsätzliches Problem hin.

Viele Unternehmen sind nämlich nicht nur auf einem Markt tätig, sondern entfalten ihre Aktivitäten in unterschiedlichen Bereichen¹.

Auf den einzelnen Märkten ist nicht das Unternehmen als ganzes tätig, sondern dessen Teilbereiche, die spezielle Produktions- und Vertriebsaufgaben erfüllen².

Ein solcher Teilbereich bleibt aber de iure grundsätzlich ein unselbständiges Objekt, das nicht selbst veräussert, sondern veräussert wird und dem die für die Rechtsfolgevorschriften erforderliche Rechtsfähigkeit fehlt³.

Andererseits können aber bei Veräusserung eines auf einem speziellen Markt bezogenen Teilbereiches eines Unternehmens, wie in unserem Plastikwerkefall (Beispiel 1), der z.B. in die Grössenordnung eines mittleren Unternehmens hineinreicht, die Wettbewerbsverhältnisse spürbar beeinflusst werden.

1 Kroitzsch, Der Erwerb eines wesentlichen Vermögens-
teils, WuW 1977, S. 235 ff., 235

2 KG, "Kettenstichnähmaschinen", WuW/OLG, S. 1908 ff.,
1909

3 Vgl. Lanzenberger, Rechtsfragen in:Schwerpunkte,
S. 29 ff., S. 38

b. Der BGH-Beschluss "Zementmahanlage".

Am 20.11.1975 hat sich der Kartellsenat des BGH in dem Zementmahanlage-Urteil¹ zum ersten Mal zu der Frage geäußert, was unter Erwerb des Vermögens eines Unternehmens "zu einem wesentlichen Teil" zu verstehen ist.

Ein auf die Erzeugung von Stahl und dessen Verarbeitung gerichtetes Unternehmen (Klößner) mit mehr als 20.000 Beschäftigten und mit Umsatzerlösen von mehr als 500 Mio DM besass in Bremen und Osnabrück Zementwerke, welche die als Abfallprodukt der Hütten des Unternehmens in Bremen und Osnabrück anfallende Schlacke unter Zusatz von Zementklinker zu Zement verarbeiteten.

Im Jahre 1973 beschloss das Unternehmen diesen Produktionszweig aufzugeben.

Die beiden Zementwerke wurden an verschiedene Unternehmen veräußert. Das Zementwerk in Bremen, Umsatz 15.121.000 DM (im Geschäftsjahr 1972/73 und nur 0,7 % des Gesamtumsatzes von Klößner), wurde im September 1973 abgestossen. Die beiden beteiligten Unternehmen vertraten die Ansicht, dass § 23 Abs.2 Nr.1 allein auf das Verhältnis zwischen dem veräußerten Vermögensteil zum Gesamtvermögen des Veräußerers abstelle und dass deswegen kein Zusammenschluss vorliege.

Das BKartA war allerdings anderer Meinung. Der Erwerb eines Vermögensteils sei auch dann als wesentlich i.S. d. § 23 Abs.2 Nr.1 zu betrachten, wenn es sich, wie in diesem Fall, zwar um einen im Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräußerers unwesentlichen Teil handelt, aber seine Übertragung sich auf die bestehenden Marktverhältnisse besonders auswirke.

¹ WuW/E, BGH S.1377 = BGHZ 65, 269

Das KG stimmte in seinem Beschluss vom 25.10.1974¹ im Ergebnis dieser Auffassung des BGH zu, indem es feststellte, dass die Auslegung nach dem Wortlaut zunächst ergebe, dass der Erwerb eines Vermögensteils einen Zusammenschluss darstelle, wenn dieser im Verhältnis zum Gesamtvermögen beachtlich erscheine. In Anbetracht des Gesetzszweckes, wonach § 23 der Gewährleistung der Kontrolle der marktbeherrschenden Unternehmen und namentlich der Verhinderung der Entstehung marktbeherrschender Stellungen zu dienen habe, sei aber neben den Vermögensverhältnissen auch der Markteinfluss des Vermögenserwerbs zu berücksichtigen².

Obwohl in diesem Fall das veräußerte Zementwerk in keinerlei Hinsicht als "wesentlicher Teil" des Vermögens des Veräußerers angesehen werden konnte, bejahte das KG die Erfüllung der Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 Nr. 1 mit der Begründung, dass es sich im Hinblick auf den relevanten Zementmarkt um einen wesentlichen Teilerwerb handelte.

Der Kartellsenat des BGH entschied in diesem Fall, besonders aufgrund der Entstehungsgeschichte³, dass ein Teil des Vermögens des veräußernden Unternehmens einmal als wesentlich zu betrachten ist, wenn er in seinem Verhältnis zum Gesamtvermögen ausreichend hoch ist, dass zum anderen aber auch jede betriebliche Teileinheit als wesentlich zu betrachten ist, welche im Rahmen der gesamten

1 WuW/E OLG S. 1534; vgl. dazu Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff.; Kleinmann, Anzeigepflicht, DB 1975, S. 243 f.

2 KG-Beschluss, aaO, sub I, 2 (S. 1535)

3 BGH-Beschluss, aaO, sub II, 2 und 3 (S. 1378, 1379)

nach aussen gerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit des Veräusserers unabhängig von dessen Grösse qualitativ eine eigene Bedeutung hat. "Dabei kann als eine solche betriebliche Teileinheit jede Zusammenfassung von persönlichen und sachlichen Mitteln gewertet werden, die sich von den anderen Betriebsteilen, z.B. aufgrund ihrer organisatorischen Selbständigkeit oder ihrer räumlichen Trennung oder ihres speziellen Produktions- oder Vertriebszieles deutlich unterscheidet"¹.

Nach der Auffassung des BGH erfüllte der Erwerb der obengenannten Zementmahlanlage, infolge ihres qualitativen Gewichts die Voraussetzung, das Werk unterscheide sich deutlich von dem auf Stahlerzeugung und -Verarbeitung gerichteten Produktions- und Vertriebsziel der Hütte des Veräusserers in Bremen, und es besitze eine eigene, keineswegs unbeachtliche wirtschaftliche Bedeutung, was schon aus seinen Umsatzerlösen hervorgehe.

c. Zwischenergebnis.

Im Vergleich zu den Meinungen im Schrifttum und den vom BKartA und KG vertretenen Ansichten, ist der BGH einen eigenen Weg gegangen.

Denn während die h.M. nur das Unternehmensvermögen als Bewertungsmaßstab für die Wesentlichkeit des veräußerten Vermögensteils bezeichnet, und das KG neben dem Unternehmensvermögen auch Bezug nimmt auf die Marktverhältnisse, stellt der BGH in seinem Urteil einerseits ebenfalls auf das Vermögen des veräußernden Unternehmens ab, aber andererseits auch auf die eigene, qualitative und quantitative Bedeutung des veräußerten Vermögensteils.

Die Auffassung des KG und des BGH stimmen aber darin überein, dass sie zwei Größen zu gleicher Zeit als wesentlich erklären: das Gesamtvermögen des Veräußerers einerseits, und die Beeinträchtigung der Marktverhältnisse, bzw. die qualitativ und quantitativ eigene Bedeutung des veräußerten Vermögensteils andererseits.

Da es aus Gründen der Logik nicht möglich ist, zu gleicher Zeit eine bestimmte Grösse für massgeblich und nicht-massgeblich zu erklären, bleibt sachlich nur die Möglichkeit die Meinung des KG und des BGH damit aufrecht zu erhalten, die erste Bezugsgrösse - das Gesamtvermögen des Veräußerers - im Wege der Gesetzesauslegung und jeweils die zweite Grösse im Wege einer analogen Erstreckung heranzuziehen¹

Leider fehlen in beiden Urteilen Hinweise auf die angewandten Auslegungsmethoden und deren Begründung, obwohl jede Analogie als "wertende Entscheidung über die Gesetzesnorm hinaus eigener Gründe bedarf"².

¹ So Rittner, Erw. Anzeigepflicht, NJW 1976, S. 546 ff., 547

² Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl., S. 366, sowie Heusinger, Rechtsfindung, S. 94

Eine analoge Erstreckung der Wendung "zu einem wesentlichen Teil" wäre aber nur dann zulässig, wenn die Grundlagen einer solchen Erstreckung aus dem Gesetz zu entwickeln sind¹ und die Erstreckung selbst nicht etwa einer vom Gesetzgeber gewollten Beschränkung widerspricht².

Massgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt³.

Um das Ziel, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, erreichen zu können, sind die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, aus der Gesetzessystematik, aus ihrem Zweck, sowie aus der Entstehungsgeschichte heranzuziehen⁴.

Dabei ist grundsätzlich mit der Auslegung nach dem Wortlaut anzufangen, da "das nach dem Wortlaut sprachlich mögliche, also der mögliche Wortsinn, den Bereich bildet, und die Grenzen absteckt, innerhalb deren ein vom Gesetz verwendeter Begriff überhaupt ausgelegt werden kann"⁵.

1 Vgl. Bund, Zur Methode Julians, S. 100 ff.

2 Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 359

3 Vgl. etwa Thibaut, Theorie der logischen Auslegung (1806), S. 11 f.; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914), S. 23 ff.; Liver, Der Wille des Gesetzgebers (1954), S. 3 f.; Mennicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung (1970), S. 10; Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl., (1974), S. 298 ff.

4 Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl., S. 307 ff.; Schmiedel, Deliktsobligationen, Bd. 1, S. 138 ff.

5 BGH, Schallplattenurteil, WuW/E BGH 795 = BGHZ 46, 74, 76

2. Auslegung der Satzwendung "zu einem wesentlichen Teil".

a. Auslegung dem Wortlaut nach.

Als Zusammenschluss im Sinne des § 23 Abs.2 gilt nicht nur der Erwerb des ganzen Vermögens eines Unternehmens sondern auch der Erwerb des Unternehmensvermögens "zu einem wesentlichen Teil". Zentrale Bedeutung in dieser Wendung kommt dem Wort "wesentlich" zu. In der deutschen Sprache wird unter "wesentlich" das Essentielle oder das Substantielle verstanden. Es bedeutet "in der Hauptsache"¹ oder "hauptsächlich"² oder "den Kern der Sache betreffend"³.

Obwohl sich schwierig in concreto feststellen lässt, was als das Substantielle eines Unternehmensvermögens bezeichnet werden kann⁴, muss es sich dabei wenigstens um Vermögensteile handeln, deren Veräußerung das Wesen des Unternehmens ändern oder e contrario, dass die Unternehmensteile, die von der Veräußerung ausgeklammert werden, im Vergleich zum veräußerten Vermögen als unwesentlich erscheinen⁵.

Weiter bilden nach der grammatikalischen Ordnung der Bestimmung die Ausdrücke "ganz" oder "zu einem wesentlichen Teil" eine adjectivische Einheit, i.d.S., dass sie beide auf das Wort "Vermögen" bezogen sind.

1 Trübners Deutsches Wörterbuch, 8, Bd. 1957, Stichwort "wesentlich"

2 Sprach-Brockhaus, 6. Aufl., 1951, Stichwort "Wesentlich"

3 Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 1975, Stichwort "Wesentlich"

4 Vgl. dazu Jacobs, Die Bedeutung der Unternehmenssubstanz (1972)

5 So Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S.731 ff., 736

Folglich würde der inneren Logik des Satzes Gewalt angetan, wenn man "ganz" und "zum wesentlichen Teil" zu gleicher Zeit auf verschiedene Grössen bezöge; Beispiel hierfür wäre, dass bei der Abgrenzung der Wesentlichkeit eines Vermögensteils die Folgen des Erwerbs für die Marktverhältnisse oder dessen qualitativ eigene Bedeutung als Kriterien herangezogen werden, während mit "ganz" an das Unternehmensvermögen angeknüpft würde¹.

Denn es wird nicht, soweit ersichtlich, die Ansicht vertreten, dass auch der Erwerb des ganzen Vermögens eines Unternehmens nur dann einen Zusammenschluss darstellt, wenn dies sich auf dem betreffenden Markt spürbar auswirken würde².

Die Auslegung der Wendung "zum wesentlichen Teil" als bezogen auf die Auswirkungen des Erwerbs auf die Marktverhältnisse oder auf die selbständige Bedeutung des veräusserten Vermögensteils fügt somit dem Inhalt der Bestimmung etwas zu, was nach Wortlaut und Wortsinn nicht zu vertreten ist. Dabei ist es aber für die Gesetzesauslegung kennzeichnend, dass der Ausleger nur den Text selbst zum Sprechen bringen will, ohne etwas hinzuzufügen oder wegzulassen³, i.d.S. dass sich das Resultat der Auslegung unabhängig von der Tätigkeit des Auslegers ergibt⁴.

1 Kroitzsch, Der Erwerb eines wesentlichen Vermögens-
teils, S. 235 ff., 236

2 Vgl. aber KG-Beschluss "Zementmahlanlage", WuW/E OLG, S. 1534, 1535
sub I, 2: "Ausserdem ist die Übertragung des ganzen Ver-
mögens eines Unternehmens in aller Regel für
den betroffenen Markt von Bedeutung"

3 Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl., S. 299

4 ders., in: Festschr. für Olivecrona, S. 384 ff., 384

b. Die Entstehungsgeschichte¹.

aa. Zu untersuchen ist zunächst, ob den Gesetzesmaterialien und besonders den im Gesetzesverfahren erfolgten Äusserungen der beteiligten Verfassungsorgane Wesentliches für die Auslegung der vorliegenden Bestimmung zu entnehmen ist.

Bestimmend für das Entstehen des heutigen Textes des § 23 Abs.2 Nr. 1 und insbesondere der Wendung "ganz oder zu einem wesentlichen Teil" sind der SPD-Entwurf 1964², die beiden Referentenentwürfe von 1970 und der Regierungsentwurf von 1971³.

Während im SPD-Entwurf noch die Rede war vom "Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen" (§ 23 Abs.2 Nr.2) und "Erwerb des Eigentums an anderen Unternehmen" oder "Teilen von Unternehmen" (§ 23 Abs.2 Nr.3), sprach der erste Referentenentwurf in § 23 Abs.2 Nr. 1 vom Erwerb des Vermögens anderer Unternehmen, sowie Erwerb von Betrieben oder Teilbetrieben anderer Unternehmen. Der zweite Referentenentwurf bezeichnet dann den Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens, ganz oder zum Teil, als Zusammenschluss, welche Formulierung im Regierungsentwurf 1971 durch die Hinzufügung des Wortes "wesentlich" ergänzt wurde.

1 Vgl. dazu auch S. 3 ff. dieser Arbeit

2 BT-Drucks. IV/2337

3 BT-Drucks. VI/2520

Da die Änderungen jeweils ohne Begründung in den allgemein zugänglichen Gesetzesmaterialien vorgenommen wurden, tappen wir, was die wesentlichen Vorgänge der Entstehungsgeschichte betrifft, im Finstern.

Nach der Auffassung des BGH ist das Wort "wesentlich" nur als Einschränkung hinzugefügt, und dies weil unter die in der Fassung des 2. Referentenentwurfs vorgesehene Formulierung "ganz oder zum Teil" der Erwerb jedes Vermögens-
teils gefallen wäre¹.

Dagegen wird von Rittner betont, dass der Tatsache, dass das Gesetz seit der Formulierung des zweiten Referentenentwurfs an das Unternehmen als "die Einheit, bei der die für den Wettbewerb wesentlichen, selbständigen Planungs- und Entscheidungskompetenzen liegen", anknüpft und nicht mehr an Begriffe wie Betrieb, Teilbetrieb oder Vermögens-
teile, grosse Bedeutung beizumessen sei.

Mit der Satzwendung "zum wesentlichen Teil" sei demzufolge vor allem bezweckt, Umgehungen zu vermeiden, damit Unternehmen bei Vermögenserwerb nicht durch Ausklammerung unwesentlicher Teile einer Anzeigepflicht entgehen können².

Da aber, wie schon bemerkt, die allgemein zugänglichen Gesetzesmaterialien für die Auslegung der betreffenden Satzwendung keine sicheren Anhaltspunkte bieten, müssen die dazu unternommenen Versuche im Stadium der Hypothesen stecken bleiben.

Der Entstehungsgeschichte kann somit in dieser Hinsicht keine grosse Bedeutung zuerkannt werden.

1 BGH-Beschluss "Zementmahlanlage", aaO, sub II, 3 (S. 1379)

2 Rittner, Erw. Anzeigepflicht NJW 1976, S. 546 ff., 548; ders. Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff.; 583

c. Systematik des Gesetzes.

Obwohl der Standort der Zusammenschlusskontrolle in § 23 auf den ersten Blick dazu führen könnte, die Zusammenschlusstatbestände als Tatbestände der Anzeigepflicht auszulegen, sind sie bestimmend für die ganze Konzentrationskontrolle, also für die Anzeigepflicht nach § 23, die Eingriffsnorm des § 24, und für die in § 24 a geregelte, präventive Anmeldepflicht. Die Voraussetzung für die Anwendung dieser drei Sachvorschriften ist das Vorliegen eines Zusammenschlusses nach § 23 Abs.2.

§ 23 Abs.2 definiert die Konzentrationsvorgänge als Zusammenschluss, die eine Unternehmensverbindung herbeiführen, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann oder die Leitungsmacht auf anderer Weise zusammengefügt wird.

Die Zusammenschlusstatbestände können nach ihrer Umschreibung als kasuistisch gefasste Konzentrationsvorgänge charakterisiert werden, die in ihrer Umschreibung an die privatrechtliche Gestaltung anknüpfen. Sie beziehen sich grundsätzlich auf eine Änderung in dem Rechtsverhältnis zwischen Unternehmen i.d.S., dass Unternehmen fusionieren oder dass ein Unternehmen durch Einflussnahme eines anderen Unternehmens seine Selbständigkeit zu verlieren droht.

Die Anzeige- und Anmeldepflicht und die Zusammenschlusskontrolle beziehen sich dagegen auf die wettbewerbspolitischen Folgen eines nach § 23 Abs.2 als Zusammenschluss definierten Konzentrationsvorgangs, so dass in

dieser Hinsicht die drei Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle zweigliedrig strukturiert sind: der erste Teil umfasst die Zusammenschlussdefinition, während der zweite Teil sich auf die wettbewerbspolitische Bedeutung des Zusammenschlusses bezieht.

Eine Auslegung der Satzwendung "zum wesentlichen Teil", welche sich nicht bezieht auf das Rechtsverhältnis zwischen den sich zusammenschliessenden Unternehmen, sondern auf dessen wirtschaftliche und wettbewerblichen Folgen, wie die etwaige Auswirkung eines Konzentrationsvorganges auf die Marktverhältnisse, überspringt somit die erste Stufe der Sachvorschriften und ist folglich nicht mit der Systematik des Gesetzes in Übereinstimmung zu bringen.

Diese deutliche Systematik wurde nicht von ungefähr in das Gesetz eingebaut. Sie dient der Rechtssicherheit, indem sie erkennen lässt, welche Konzentrationsvorgänge als Zusammenschlüsse gelten. Marktauswirkungen sind wegen ihrer Unbestimmtheit als grenzsetzende Faktoren innerhalb dieses Tatbestandsmerkmals "Zusammenschluss" nicht geeignet.

d. Zweck der Regelung.

Schliesslich muss geprüft werden, welchen Zweck man mit dem Tatbestand des Vermögenserwerbs verfolgt hat, und welche Zweckvorstellung demgemäss seine Auslegung bestimmen muss.

Die Tatbestände des § 23 Abs. 2 erfassen Konzentrationsvorgänge, welche eine Unternehmensverbindung herbeiführen, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausgeübt werden kann¹.

Diese Vorgänge unterliegen der Konzentrationskontrolle weil sie die Voraussetzungen des wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt beeinträchtigen können, indem sie die Zahl der selbständig planenden und handelnden Unternehmenseinheiten verringern².

Das am meisten geeignete und in der Praxis häufigste Mittel zur Ermöglichung der Einflussnahme ist der Anteilserwerb³. Der Gesetzgeber hat daher diesen Tatbestand verhältnismässig tief angesetzt, weil auch schon aufgrund des Erwerbs einer 25 %-Beteiligung das Verhalten des Unternehmens an dem die Anteile erworben werden, dauerhaft beeinflusst werden kann⁴.

1 Siehe oben S. 85 f.

2 Vgl. oben S. 70

3 Vgl. Übersicht S. 52

4 So Bechtold, Die Anwendbarkeit, WuW 1977, S. 460 ff., 466

Der Tatbestand des Vermögenserwerbs ist jedoch ganz anderer Natur. Der Erwerb eines Vermögensteils bedeutet, dass der erworbene Vermögensteil vom Vermögen des Veräußerers in das Vermögen des Erwerbers übergeht. Der Erwerber gewinnt darüber hinaus offensichtlich keinen Einfluss auf den Veräußerer. Ebenso wenig kommt es zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer zu einer Zusammenführung von Leitungsmacht.

Wenn z.B. ein Unternehmen einige Maschinen mit der dazugehörenden "know-how", die etwa 25 % seines Gesamtumsatzes darstellen, einem anderen Unternehmen veräußert, wird keiner behaupten, dass es durch diesen Erwerb zu einer Zusammenführung von Leitungsmacht zwischen vorher selbständig planenden und entscheidenden Unternehmen kommen wird.

Ein Unternehmen kann erst dann Einfluss nehmen auf die Geschäftsleitung einer Gesellschaft und ihre Planungs- und Entscheidungskompetenz, wenn dieser der "wesentliche" Teil ihres Vermögens genommen wird. Nur auf diese Weise wird die Geschäftsführung des anderen Unternehmens entmachtet¹.

Die Passage "zu einem wesentlichen Teil" kann somit nur bezwecken, gesetzliche Umgehungen zu verhindern. Es kommt nämlich für die Einflussnahme auf die Planungs- und Entscheidungskompetenzen des Veräußerers nicht auf die Ausklammerung einiger unwesentlicher Teile an².

1 So Kroitzsch, Der Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils, WuW 1977, S. 235 ff., 242

2 Ebenso schon Rittner, Tatbestände, DB 1975, S. 581 ff.; 583

e. Zusammenfassung.

Aus dem Wortlaut, der Systematik und dem Zweck der Regelung geht eindeutig hervor, dass die Satzwendung "zu einem wesentlichen Teil" sich grundsätzlich auf das gesamte Vermögen des veräußernden Unternehmens bezieht. Jede Interpretation, die über diese Bezugnahme hinausgeht, ist nicht mehr als Auslegung, sondern als analoge Erweiterung des Tatbestandes Nr. 1 zu betrachten.

Eine solche analoge Erstreckung ist aber schon deswegen nicht zulässig, weil sie einer vom Gesetzgeber offenbar gewollten Einschränkung - nur der Erwerb des ganzen Vermögens oder des fast ganzen Vermögens - widersprechen würde¹.

Darüberhinaus muss in diesem Zusammenhang auf das strafrechtliche Analogieverbot hingewiesen werden².

Gem. § 103 GG müssen Strafmassnahmen besonderen Anforderungen entsprechen, wobei Abs.2 bestimmt, dass eine Straftat nur dann bestraft werden darf, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde ("nulla poena sine lege").

Wie dargelegt sind die Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle mit Strafmassnahmen verbunden. Die nicht unverzügliche Anzeige eines Zusammenschlusses z.B. stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, und kann bestraft werden mit einer Geldbusse bis zu 50.000 DM³.

1 vgl. Larenz, Methodenlehre, 2.Aufl., S. 359

2 siehe dazu die einschlägige Literatur wie: Sax, Das strafrechtliche Analogieverbot, S. 11 ff.; Hessemer, Tatbestand und Typus, S. 96 ff.; Schönke-Schröder, StGB § 1, Tz 58, 59; jeweils m.w.N.

3 § 39 Abs.1 Nr.2 (siehe oben S. 24 und Übersicht S. 62)

Mit Recht wird von Raisch die Ansicht vertreten, dass Bestimmungen, deren Verletzung als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbusse höher als 10.000 DM geahndet werden kann, ebenfalls die in § 103 GG bestimmte Normqualität besitzen müssen, weil sie, was ihre Folgen betrifft, mit Geldstraftatbeständen gleichzusetzen sind und dass deswegen auch solche Bestimmungen dem strafrechtlichen Analogieverbot unterliegen¹.

Ein Tatbestand des § 23 Abs.2, als Grundlage einer Ordnungswidrigkeit, darf somit nicht im Wege einer Analogie erweitert werden, "auch nicht bei einem noch so dringenden rechtspolitischen Bedürfnis"².

Das Argument des KG im "Kettenstichnähmaschinen"-Beschluss³, es sei eine Aufgabe der Gerichte, durch Auslegung die in diesem Zusammenhang erforderlichen Klarstellung herbeizuführen, kann nicht überzeugen. Vielmehr ist es doch so, dass die Gerichte mit der durch sie praktizierten Auslegung des § 23 Abs.2 Nr.1 einer von sich aus klaren und eindeutigen Norm durch eine unzulässige Ausdehnung ihre Bestimmtheit nehmen.

Die Lösung des Problems, dass Unternehmen auf verschiedenen Märkten tätig sein können, und ihr auf einen Markt oder mehrere Märkte bezogenes Unternehmensvermögen ganz oder zu einem wesentlichen Teil auf ein anderes Unternehmen übertragen, könnte nur de lege ferenda gelöst werden.

1 Raisch, Normqualität, ZHR 1966, S. 161 ff., 167 ff. Im Gegensatz zu Ordnungswidrigkeiten, deren Verletzung mit Geldbussen über 10.000 DM geahndet werden können, schränkt Raisch für Normen mit geringeren Geldbussen die aus Art.103 Abs.2 GG fortfließenden Tatbestandsanfordernisse ei. Wirtschaftsrechtliche Vorschriften mit rein zivilrechtlichen Folgen können der durchschnittlichen Normqualität des Zivilrechts entsprechen; vgl. in diesem Zusammenhang auch Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, S. 457 ff., 462

2 So der BGH, "Teerfarben"-Beschluss v.17.12.1970, BGHSt 24, S. 62; vgl. auch Presseinformation BKartA v. 4.2. 1971, WuW 1971, S. 179 ff., 180

3 WuW/E OLG, 1908 ff., 1911

Dabei ist nicht von dem Begriff des wesentlichen Teils des Vermögens eines anderen Unternehmens auszugehen, sondern soll vielmehr der Begriff des Unternehmens in der Vorschrift des § 23 Abs.2 Nr. 1 geändert bzw. eingeschränkt werden¹.

III. Die Anwendung des Tatbestandes Nr.1 in der Praxis.

In Anbetracht der in der Rechtsprechung² entwickelten Kriterien lassen sich für die Anwendung des Tatbestandes des Vermögenserwerbs drei Fallgruppen unterscheiden.

1. Erwerb des Vermögens eines Unternehmens.

Diese erste Fallgruppe wird in der Praxis keine grossen Schwierigkeiten ergeben. Es sind die typischen Geschäftsvorgänge, in denen das Vermögen eines Unternehmens im ganzen von einem anderen Unternehmen erworben wird, an die offenbar auch das Gesetz denkt, indem es hinzufügt, "durch Verschmelzung, Umwandlung oder in sonstiger Weise"³. U.U. könnte man gleich behandeln noch die Fälle, in denen ganz unwesentliche Teile vom Gesamtvermögen ausgenommen sind.

2. Erwerb eines Vermögensteils eines Unternehmens, der in seinem Verhältnis zum Gesamtvermögen des Veräusserers quantitativ ausreichend hoch ist.

Was genau unter dieses vom BGH entwickelte Kriterium fällt, geht nicht eindeutig aus der Begründung zum "Zementmahlanlage"-Beschluss hervor.

1 Vgl. Kroitzsch, Der Erwerb eines wesentlichen Vermögensteils, WuW 1977, S. 235 ff., S. 246

2 BGH, Zementmahlanlage-Beschluss v.20.11.1975, WuW/E, BGH 1377 = BGHZ 65, S. 269

3 Rittner, Erw. Anzeigepflicht, NJW 1976, S. 546 ff., 549

Es lässt sich aber erkennen, dass ein quantitativ recht hoher Teil gemeint ist, dessen Veräusserung das Unternehmen in seiner konkreten Eigenart verändern könnte¹.

Als Bezugsgrösse bei dem Vergleich zwischen dem veräusserten Vermögensteil und dem Gesamtvermögen des Veräusserers kommen alternativ in Betracht Verkehrs- und/oder Buchwerte, Umsätze, Gewinnhöhe, und u.U. Beschäftigtenzahl².

3. Erwerb einer betrieblichen Teileinheit, die eine qualitativ eigene Bedeutung hat.

Nach der hier vertretenen Auffassung fällt diese Fallgruppe nicht mehr unter den Tatbestand. Auch eine analoge Anwendung scheidet aus den dargelegten Gründen aus.

Doch wird sich die Praxis auf die Rechtsprechung einzustellen haben und die Ansicht des BGH berücksichtigen müssen.

Nach den Ausführungen im Falle Zementmahlanlage kommt es auf das "qualitative Gewicht" der Teileinheit an. Sie kann sich aufgrund der räumlichen Trennung und ihres speziellen Produktions- und Vertriebsziels ergeben.

Erster Ansatzpunkt ist also die Abgrenzung zum sonstigen Unternehmensvermögen. Damit ist aber zunächst nur ein Kriterium für die Ermittlung des Tatbestandsmerkmals "Teileinheit" gegeben. Wie das Merkmal "qualitative Eigenständigkeit" zu ermitteln ist, bleibt weiter im Dunkeln.

1 Rittner, Erw. Anzeigepflicht, NJW 1976, S. 546 ff., 550

2 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23 Rdn.46

Aus den Ausführungen des BGH lässt sich folgern, dass die qualitativ eigene Bedeutung eines Vermögensteils einmal aus seiner Abgrenzung zum sonstigen Unternehmensvermögen abzuleiten ist.

Hier könnte die praktische Erfahrung mit der Auslegung des steuerlichen Begriffs des Teilbetriebes herangezogen werden¹. Danach wird als Teilbetrieb bezeichnet jeder in sich geschlossene Teil eines Gewerbebetriebes mit eigener gewerblicher Selbständigkeit², wobei auch die örtliche Getrenntheit und der eigene Kundenkreis berücksichtigt werden³.

Das Kriterium der gewerblichen Selbständigkeit wäre m.E. in Anbetracht der Zielsetzungen der Konzentrationskontrolle⁴ dahin auszulegen, dass § 23 Abs.2 Nr.1 nur dann auf den Erwerb von einem Vermögensteil anwendbar ist, wenn der erworbene Vermögensteil auf einen anderen Markt bezogen ist als das übrige Vermögen des Veräußerers, in dem Sinne, dass er auf diesem anderen Markt als selbständige wirtschaftliche Einheit operiert⁵.

Daraus geht schon hervor, dass z.B. der Erwerb von leeren Fabrikgebäuden oder nicht landwirtschaftlich genutzten Grundstücken keinen Zusammenschluss darstellen kann⁶.

1 § 16 EStG (Einkommensteuergesetz v.21.12.1975, BGBl. I S.525): Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehören auch Gewinne die erzielt werden bei der Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebes oder eines Teilbetriebes

2 Vgl. Faut, in: Kommentar zum EStG § 16, Rz. 4

3 So BGH, Beschluss vom 27.10.1960, BSTBl. 61 III, S.230 wobei einige Schiffe als Teilbetrieb angesehen wurden

4 Siehe oben, S. 130 f.

5 Vgl. Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 31, der die Unternehmenseigenschaft eines Vermögensteils voraussetzt; in dem "Kettenstichnähmaschinen"-Beschluss v.21.9.1977 (WW/W, OLG, 1968 ff.) hat der KG einige Kettenstichnähmaschinen und den dazugehörigen "know-how" als eine solche, sich von dem sonstigen Vermögen des Veräußerers unterscheidende, selbständige Einheit angesehen

6 Dazu Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn.39

Darüberhinaus soll aber der Vermögensteil auch ein bestimmtes, wirtschaftliches Gewicht haben. Dabei kommt es auf die absolute Bedeutung des Vermögensteils an, damit die Konzentrationskontrolle möglichst auf die für den Wettbewerb interessanten Fälle beschränkt bleibt und das Eingreifen des Staates sich auf das zum Schutz des Wettbewerbs notwendige Mass begrenzt¹.

Wie Rittner zu Recht bemerkt, muss es sich demgemäss wenigstens um eine unternehmerische Teileinheit handeln, die in die Grösse eines mittleren Unternehmens hineinreicht².

Der Begriff des mittleren Unternehmens stammt aus Art.5 b GWB. Die Abgrenzung dieses Begriffs ist vor allem einzelfallbezogen, unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktstruktur³.

Nach den bisherigen Erfahrungen sind dabei vor allem die Umsatzerlöse ausschlaggebend; es wird sich um unternehmerische Teileinheiten handeln, mit einem Umsatz zwischen etwa 10 und 50 Mio DM⁴.

1 So die Regierungsbegründung zum Entw. 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 16

2 Rittner, Erw. Anzeigepflicht, NJW 1975, S. 546 ff., 550

3 "Ob ein bestimmtes Unternehmen zu dem Kreis der privilegierten Unternehmen gehört, soll sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sowohl nach relativen als auch nach absoluten Kriterien richten; d.h., es soll sowohl auf das Grössenverhältnis zwischen den fraglichen Unternehmen und seinen Konkurrenten als auch auf seine Ressourcen, namentlich auf seine Umsätze abgestellt werden" (Bericht des Wirtschaftsausschusses zum Gesetzentwurf der SPD-FDP Fraktionen, BT-Drucks. 7/765, S. 3 ff.); vgl. auch BMWi Merkblatt, zu § 5 b GWB, WuW 1975, S. 386

4 Vgl. BKartA TB 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 13 f.; Die veräusserte Produktionseinheit im Kettenstichnähmaschinenfall erreichte einen Umsatz von 8,8 Mio DM (siehe KG-Beschluss v.21.9.1977, WuW/E, OLG S.1908 ff., 1912)

3. Kapitel.

Der Anteilserwerb (Tatbestand Nr.2).

A. Einführung.

§ 23 Abs.2 Nr.2 definiert den Erwerb von Anteilen als Zusammenschluss.

Dies allerdings unter der Voraussetzung, dass Anteile, allein oder zusammen mit sonstigen dem Unternehmen bereits gehörenden Anteilen, 25 % oder 50 % des stimmberechtigten Kapitals eines anderen Unternehmens erreichen oder dem Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung i.S.d. § 16 Abs.1 AktG gewähren.

Im Vergleich zum Tatbestand des Vermögenserwerbs (§ 23 Abs.2 Nr.1) sollen hier Konzentrationsvorgänge von einer ganz anderen Intensität und Reichweite erfasst werden: durch Anteilserwerb erlangt der Erwerber eine Beteiligung an einem anderen Unternehmen, die ihm grundsätzlich, über die Gesellschafterversammlung, nur einen mittelbaren Einfluss auf das andere Unternehmen ermöglicht, während bei Vermögenserwerb in der Regel das übertragende Unternehmen erlischt.

In wie weit die Selbständigkeit des Unternehmens, dessen Anteile erworben werden, von dem Anteilserwerb ergriffen wird, hängt von der Höhe der jeweiligen Beteiligung ab: eine 25 %-Beteiligung gewährt bedeutend weniger Einfluss als eine 50 %-Beteiligung oder sogar eine Mehrheitsbeteiligung.

Gerade deswegen hat der Gesetzgeber in das Gesetz eine Stufenkonstruktion eingebaut, so dass die Erhöhung einer Beteiligung an einem anderen Unternehmen und die damit verbundene fortschreitende Untergrabung der Selbständigkeit des Unternehmens mindestens in den Fällen transparent gemacht wird, in denen durch Zusammenschluss die nächst höhere Stufe erreicht wird¹.

¹ So Begründung zum Regierungsentwurf 1971, aaO, S.26

B. Der Begriff des Anteilserwerbs.

I. Der Erwerber.

Da der Tatbestand Nr.2 einen Zusammenschluss von Unternehmen darstellt, muss der Erwerber grundsätzlich Unternehmen sein. Freilich wird die Unternehmenseigenschaft beim Anteilserwerb gem. § 23 Abs.2 Nr.2 Satz 4 fingiert für Personen oder Personenvereinigungen, die selbst nicht Unternehmen sind, sowie BGB-Gesellschaften, Erbengemeinschaften oder Gütergemeinschaften.

Nach h.M. ist diese Fiktion, die auch "Flick-Klausel" genannt wird, auch auf die öffentliche Hand¹, sowie auf ausländische Staaten anwendbar².

Die "Flick-Klausel" gilt aber nur insoweit, als einer Person oder Personenvereinigung die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen bereits zusteht. Diese Mehrheitsbeteiligung muss im Moment des Anteilserwerbs bereits bestehen³.

Aus der Satzwendung "so gilt sie insoweit als Unternehmen ..." und der systematischen Einordnung der Klausel geht hervor, dass sie nur für den konkreten Zusammenschlussvorgang des Anteilserwerbs gilt und nicht analog auf andere Zusammenschlussformen angewendet werden kann⁴.

1 Vgl. dazu Ebel, Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S. 749 ff., 753; Emmerich, Fusionkontrolle in: Festschr. Böhm (1975), S. 119 ff., 122; Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 732; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23 Rdn.184; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 30

2 Schlussfolgerung aus den Presseinformationen des BKartA, v. 22.7.1975, Iranischer Staat/Deutsche Babcock und Wilcox AG, DB 1975, S.1149; TB BKartA 1974, S.35, Friedrich Krupp GmbH/National Iranian Steel Industries

3 Statt aller: Lanzenberger, Rechtsfragen, in: Schwerpunkte 1973/1974, S.29 ff., 31

4 a.A. jedoch Emmerich, Fusionskontrolle, in: Festschr. Böhm, S. 119 ff., S.123

Der Mehrheitsgesellschafter hat also nur in diesem Fall die Unternehmenseigenschaft, nicht aber darüberhinaus wie z.B. für die Missbrauchsaufsicht nach § 22.

Obwohl der Gesetzgeber eine Anwendung der "Flick-Klausel" auf die Verbundklausel nach Abs.1 Satz 2 nicht ausdrücklich vorsieht, gilt nach Ansicht einiger Autoren diese Unternehmensfiktion auch bei Anwendung der Verbundklausel¹.

Diese Auffassung wird mit dem folgenden Beispiel erläutert:

der Nichtunternehmer A hat 50 % der Anteile des Unternehmens B (Umsatz 400 Mio DM) und erwirbt eine 25 %-Beteiligung an C (Umsatz 300 Mio DM).

Obwohl nach dem Tatbestand Nr.2 aufgrund der "Flick-Klausel" ein Zusammenschluss zwischen A und C vorliegt, würde die Zusammenschlusskontrolle nicht eingreifen, da § 24 Abs.8 Nr.1, die "Toleranzklausel" die eingreifende Kontrolle ausschliesst, wenn die beteiligten Unternehmen, in casu A und C, weniger als 500 Mio. Umsatz haben.

Da auf diese Weise die "Flick-Klausel" nach der Meinung dieser Autoren ihren gesetzlichen Zweck nicht erfüllen könnte, wäre aufgrund der Verbundklausel des § 23 Abs.1 Satz 2 dem Nichtunternehmer A der Umsatz des Unternehmens B zuzurechnen, so dass wegen Überschreiten der Toleranzgrenze von 500 Mio. DM die eingreifende Zusammenschlusskontrolle stattfinden könnte².

1 So Lanzenberger, Rechtsfragen, in: Schwerpunkte 1973/1974, S. 29 ff., 31; sowie Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 182; a.A. Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 29

2 Lanzenberger, Rechtsfragen, aaO, S.31

II. Der Erwerbsgegenstand.

Gegenstand des Erwerbs sind, wie das in § 23 a.F. noch ausdrücklich hiess, Anteile jeder Art¹.

Darunter sind nach allgemeiner Auffassung sowohl die Anteile an Kapitalgesellschaften als auch an Personengesellschaften zu verstehen².

Dieser Grundsatz trifft jedoch wegen seiner Undifferenziertheit nicht ganz zu. Denn das Gesetz gebraucht in den Fällen 2a, 2b und 2c unterschiedliche Formulierungen.

2a und 2b knüpfen offensichtlich an die Situation bei Kapitalgesellschaften an. Sie bezeichnen nämlich das Erreichen der 25 % - oder 50 % - Beteiligung an dem stimmberechtigten Kapital als Zusammenschluss. Dies setzt voraus, dass es nach der rechtlichen Struktur des Unternehmens ein Gesellschaftsvermögen gibt, an dem stimmberechtigte Anteile bestehen³, wie z.B. Aktien bei AG und KGaA, Geschäftsanteile bei der GmbH oder Kuxen bei den bergrechtlichen Gewerkschaften.

Diese auf die Kapitalgesellschaften zugeschnittene Vorschrift ist bei Personengesellschaften analog anzuwenden in dem Fall, dass Stimmrecht nach Kapitaleinlage verteilt ist und nicht z.B. nach Köpfen: es müssen den Mitgliedern, sei es durch Nennbetrag oder quotenmässig bestimmte Anteile am Gesellschaftsvermögen zustehen⁴.

1 § 23 Abs.2 Nr.5 a.F.: Erwerb von Anteilsrechten jeder Art an anderen Unternehmen, sofern diese Anteilsrechte allein, oder zusammen mit anderen dem Unternehmen selbst ... 25 % des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreichen

2 So z.B. Ebel, Zusammenschlussbegriff, BB 1974, S.749 ff., 749; Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 736; Rittner, Kapitalerhöhung, in: Festschr. M. Luther, S. 147 ff., 153

3 Würdinger, Arten und Formen, aaO, S. 736

4 Vgl. dazu Würdinger, in: Grosskommentar, § 16 Anm.3, Gessler, in: Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, § 16 Anm. 3, m.w.N.

Deswegen scheiden z.B. die Kapitalanteile, welche einem Gesellschafter am Gesamthandvermögen zustehen aus.

Beispielhaft für diese Abgrenzung ist der Erwerb einer stillen Beteiligung¹.

Der Stille beteiligt sich nur mit einer Einlage, welche in das Vermögen des Inhabers übergeht, ohne dass ihm dementsprechende Anteile an diesem Vermögen zustehen. Hier würde folglich kein Anteilserwerb nach § 23 Abs.2 Nr. 2a oder b vorliegen.

Aus den selben Gründen scheidet auch der Erwerb einer stillen Beteiligung an einer atypischen stillen Gesellschaft² aus.

Obwohl dem Stillen bei einer atypischen stillen Gesellschaft mit Vermögensbeteiligung oder Geschäftsführungsbefugnis ein gewisser Einfluss eingeräumt wird, beruht dieser nicht unmittelbar auf seiner Einlage, sondern auf einer Vereinbarung zwischen ihm und dem Inhaber. Der Inhaber ist nach Massgabe des Gesellschaftsvertrages dem Stillen schuldrechtlich verpflichtet³.

Im Gegensatz zu § 23 Abs.2 Nr.2a und 2b stellt 2c nicht auf das stimmberechtigte Kapital ab, sondern lässt auch eine Stimmenmehrheit genügen.

1 § 335 HGB: Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe, das ein Anderer betreibt, mit einer Vermögensseinlage beteiligt, hat die Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers übergeht

2 Eine atypische stille Gesellschaft ist eine Sonderform der stillen Gesellschaft, wobei dem Stillen eine von dem gesetzlichen Regelfall abweichende, erweiterte Rechtsstellung eingeräumt wird (so Hase, das Recht der stillen Gesellschaft, S. 16)

3 Vgl. Aulinger, Die atypische stille Gesellschaft, S. 11

Bei einem persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG oder KG kann z.B. jede Kapitaleinlage eines Gesellschafters fehlen. Nach 2 c aber könnte bei einem Überwiegen seiner Stimmrechte eine Mehrheitsbeteiligung vorliegen¹.

Dies trifft aber wiederum nicht für alle Personengesellschaften zu.

Bei einer typischen stillen Gesellschaft geht auch eine Einlage in der Höhe einer Mehrheitsbeteiligung in das Vermögen des Inhabers über, ohne dass damit Einflussmöglichkeiten verbunden werden können.

Bei einer atypischen stillen Gesellschaft könnte jedoch dem Stillen aufgrund von Vereinbarungen das mit einer Mehrheitsbeteiligung vergleichbare alleinige Entscheidungsrecht zuerkannt werden.

Der Inhaber würde somit den Weisungen des Geldgebers unterworfen sein.

Die h.M. nimmt aber in einem solchen Fall an, dass keine stille Gesellschaft mehr vorliegt, sondern ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag², so dass auch der Erwerb einer mit einer Mehrheitsbeteiligung vergleichbaren Einlage an einer stillen Gesellschaft keinen Zusammenschluss i.S.d. Nr. 2c darstellt³.

1 Vgl. Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdn. 55

2 So etwa Aulinger, Die atypische stille Gesellschaft, S. 76; Rasner, Die atypische stille Gesellschaft, S. 88; Gessler, in: Gessler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, § 16, Anm. 20a, 25

3 So auch Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 46; a.A. Kleinmann/Bechtold, § 23 Rdn.56

Aus diesen Gründen kommt auch der Tatbestand Nr. 5 , als Auffangtatbestand, nicht in Betracht, weil nämlich keine Gesellschaft mehr besteht¹.

III. Der Erwerb.

Der Rechtsgrund des Anteilserwerbs ist für die Erfüllung des Zusammenschlusstatbestandes unerheblich. In der Regel werden die Anteile von einem Veräusserer erworben (abgeleiteter Erwerb).

Die in Zusammenhang mit der alten Fassung bestehenden Zweifel, ob auch Anteilserwerb bei Neugründung, von § 23 Abs.2 erfasst wurde, ist durch die Novelle von 1973 ausgeräumt worden².

Dies geht als argumentum e contrario aus § 23 Abs.3 Satz 2 hervor, wonach ein Zusammenschluss nach Abs.2 nicht vorliegt, wenn als Sonderfall ein Kreditinstitut bei der Gründung oder Kapitalerhöhung eines Unternehmens zum Zweck der Veräusserung Anteile auf dem Markt erwirbt³.

1 Der Auffangtatbestand wäre dagegen anwendbar, wenn in einer Personengesellschaft (OHG) ein persönlich haftender Gesellschafter, dem weder eine Kapitaleinlage noch Stimmrecht zusteht, z.B. aufgrund seiner Geschäftsführungsbefugnis einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann (vgl.z.B. Witzel, Die Ausgestaltung, S. 13)

2 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz. 47; Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 60; Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., 736

3 Vgl. oben S. 100 ff.

Da diese Bestimmung Gründung und Kapitalerhöhung "in einem Atemzug" nennt, darf man annehmen, dass auch im Normalfall eine Kapitalerhöhung, als Teilgründung, einen Zusammenschluss darstellt¹.

Die Kapitalherabsetzung ist im Tatbestand der Nr.2 nicht ausdrücklich behandelt.

Eine ungleiche Herabsetzung von Kapitalanteilen könnte jedoch u.U. zu einer so starken Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse führen, dass die Gesellschaft unter den beherrschenden Einfluss eines oder mehrerer Unternehmen gerät. Denn auch in diesem Fall ändern sich die Herrschaftsverhältnisse in der Weise, dass ein neuer Einfluss entscheidend wird.

Die klare Formulierung des Gesetzes verbietet aber eine solche Auslegung der Nr. 2².

Gegen eine analoge Erstreckung des Tatbestandes auf Kapitalherabsetzung spricht das strafrechtliche Analogieverbot, das, wie wir dargelegt haben, auch für die Zusammenschlusstatbestände als Grundbestandteil von Bestimmungen gilt, deren Verletzung als Ordnungswidrigkeit mit Geldbussen höher als 10.000 DM geahndet werden kann³.

Zu untersuchen ist sodann, ob vielleicht der Auffangtatbestand hier Anwendung finden könnte.

Die Anwendung des Tatbestandes Nr. 5 setzt eine Beherrschungsmöglichkeit voraus⁴.

1 Würdinger, Arten und Formen, aaO, S. 736; Rittner, Kapitalerhöhung, in: Festschr.M. Luther, S.147 ff., S. 150 f.

2 Rittner, Kapitalerhöhung, aaO, S. 154

3 Siehe oben, S. 132 f.

4 Zum Tatbestand Nr. 5, siehe unten, S. 186 ff.

Eine Kapitalherabsetzung, welche einem der beteiligten Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung einräumt, wird diese Voraussetzung sicherlich erfüllen¹.

Bei Streubesitz werden auch entsprechend niedrigere Quoten genügen².

C. Die Beteiligungsstufen.

I. Die Entstehungsgeschichte.

Obwohl der stufenartige Aufbau des Tatbestandes Nr.2 in seiner heutigen Form ganz neu ist, sah schon der Regierungsentwurf 1955³ in § 19 Nr.8 ebenfalls eine Gliederung vor.

Als Zusammenschluss wurde nämlich dort der Erwerb von Anteilen jeder Art an anderen Unternehmen bezeichnet, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen bereits vorhandenen Anteilsrechten dem Unternehmen einen beherrschenden Einfluss auf andere Unternehmen oder ausreichende Stimmrechte gewähren, um eine Satzungsänderung zu verhindern.

Nach der Begründung zu diesem Entwurf⁴ stellte der Anteilserwerb nur dann einen Zusammenschluss dar, soweit die Anteilsrechte einen bestimmten Einfluss auf das Unternehmen, an dem diese erworben waren, gewährten. Dies sei der Fall, wenn der Inhaber der Anteile einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben könne oder aber wenn er eine Sperrminorität besitze.

1 Vgl. zum Begriff der Mehrheitsbeteiligung oben S.79 f.

2 So Rittner, Kapitalerhöhung, in: Festschr. M.Luther, S. 147 ff., S. 157

3 BT-Drucks. II/1158, Anl.1

4 aaO, Anl. 2 zu § 19

Es handelte sich also um zwei Stufen: die Sperrminorität und die Beherrschungsmöglichkeit.

Der damalige Wirtschaftsausschuss hat demgegenüber aber eine teilweise engere Fassung beschlossen¹, welche in das Gesetz von 1957 übernommen wurde und nur das Erreichen einer 25%-Beteiligung als Zusammenschluss bezeichnete.

Der Referentenentwurf vom März 1970 hat die Bestimmung i.d.S. geändert, dass nicht mehr das Erreichen der 25 %-Beteiligung, sondern die Sperrminorität wieder als Grenze des Zusammenschlussbegriffs eingebaut wurde. In der Begründung zu diesem Referentenentwurf heisst es, dass von der "starren" 25 %-Grenze zu einer sachgerechten Voraussetzung des Erwerbs einer Sperrminorität übergegangen worden sei.

Neben der Sperrminorität wurden die Mehrheitsbeteiligung gem. § 16 AktG a.F. und das Erlangen eines beherrschenden Einflusses als weitere relevante Beteiligungsstufen genannt.

Der Referentenentwurf vom Oktober 1970 kehrt allerdings in § 23 Abs.2, ohne Begründung, wieder zurück zur 25 %-Grenze, während darüberhinaus eine 75 % - und eine Mehrheitsbeteiligung als Stufen eingeführt wurden.

Vermutlich hat man eingesehen, dass der aktienrechtliche Begriff der Sperrminorität nicht geeignet ist um als unterste Grenze eines Zusammenschlusstatbestandes des Rechtes der Konzentrationskontrolle zu dienen. Denn während eine 25 %-Grenze zwar rigoros, aber gerade deswegen auch eindeutig ist, hängt das Vorliegen einer

1 BT-Drucks. II/3713, S. 20

Sperrminorität gem. § 179 AktG von den jeweiligen Satzungsbestimmungen der beteiligten Unternehmen ab.

Wahrscheinlich wurde ebenfalls im Rahmen des Strebens nach grösserer Klarheit, das Kriterium des beherrschenden Einflusses durch eine 75 %-Beteiligungsgrenze ersetzt, so dass nur noch an deutlich erkennbare aktienrechtliche Grössen angeknüpft wurde.

Der Regierungsentwurf 1971¹ schliesslich, setzte dieses offensichtliche Streben nach Deutlichkeit fort, und stellte, wie die heutige Fassung, auf die 25 %-, 50 %-, und Mehrheitsbeteiligung ab.

II. Die Anwendung der Beteiligungsstufen.

In der Regel wird bei Vorliegen einer der relevanten Beteiligungshöhen die Anwendung der Vorschrift keine Interpretationsschwierigkeit vorliegen.

Es gibt aber mehrere Fälle in der Praxis der Konzentrationskontrolle, in denen ein Unternehmen mit seinem Beteiligungserwerb gerade nicht eine der relevanten Stufen erreicht, sondern knapp darunter bleibt.

Beispielhaft ist hier der AEG-Telefunken-Zanussi Fall². AEG-Telefunken beabsichtigte 25,01 % der Aktien des italienischen Unternehmens Zanussi zu erwerben und meldete das Vorhaben beim BKartA an.

Da das Amt eine Untersagung in Aussicht stellte, weil der gemeinsame Marktanteil beider Unternehmen bei einigen Elektrogeräten die für die Marktbeherrschungsvermutungen geltenden Grenzen überschritt und in diesem Bereich ein relativ hoher Konzentrationsgrad erreicht war, nahm AEG-Telefunken die Anmeldung zurück und teilte mit, dass die Beteiligung an Zanussi auf 20 % beschränkt würde.

1 BT-Drucks. VI/2520

2 BKartA, TB 1973, BT-Drucks. 7/2250, S. 70

Die gesellschaftsrechtliche Stellung von AEG-Telefunken wurde sodann in der Weise verstärkt, dass dem Unternehmen vertraglich die Rechte eines Minderheitsaktionärs und ein Viertel der Sitze im Verwaltungsrat von Zanussi eingeräumt erhielt.

Das BKartA vertrat die Auffassung, dass hier kein Zusammenschluss nach § 23 Abs.2 Nr. 2a vorliege und dass demzufolge auch die Zusammenschlusskontrolle entfalle¹.

Die Monopolkommission², und in späteren Publikationen ebenfalls das BKartA selbst³, haben das Vorgehen der Unternehmen als Gesetzesumgehung bezeichnet.

In gleicher Weise lässt sich die Zusammenschlusskontrolle beim Anteilserwerb der zweiten Stufe, also bei Erhöhung der Kapitalbeteiligung auf 50 % umgehen. Als Beispiel sei hier der Fall genannt, dass eine bisher bestehende 25 %-Beteiligung auf 49,9 % aufgestockt wird, und gleichzeitig satzungsmässig der Erwerber so gestellt wird, dass er im Ergebnis die Stellung eines Mehrheitsaktionärs hat.

In diesem Zusammenhang ist die für die Praxis äusserst wichtige Frage zu untersuchen, inwieweit Abs.2 und namentlich die im zweiten Tatbestand deutlich formulierten Beteiligungsstufen auf Fälle des Beteiligungserwerbs anwendbar sind, die zwar nicht eine dieser Stufen erreichen, aber zusammen mit zusätzlichen vertraglichen Regelungen, dem Erwerber vergleichbare gesellschaftsrechtliche Stellungen einräumen.

1 Vgl. auch den Fall GKN/Sachs. Im Juli 1976 kaufte GKN 24,98 % der Aktien von Sachs. Sh. BKartA v. 12.5.1976, WuW/E 1625 ff.

2 Hauptgutachten, Nr. 881

3 TB 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 19

1. Die Anwendbarkeit des § 23 Abs.2 Nr.2 auf Beteiligungserwerb unterhalb der relevanten Stufen.

Der Wortlaut des Tatbestandes Nr. 2 lässt in seiner Formulierung der Beteiligungsstufen eigentlich wenig an Deutlichkeit zu wünschen übrig.

Erwerb einer 25 %- oder 50 %- oder Mehrheitsbeteiligung gilt nach dem Gesetz als Zusammenschluss.

Gesetzesauslegung darf aber nicht nur auf den Wortlaut der Bestimmung abstellen, sondern muss auch deren Sinnzusammenhang, Zweck und Entstehungsgeschichte berücksichtigen¹.

Aus der oben auf S. 146 ff. dargelegten Entstehungsgeschichte geht hervor, dass der Gesetzgeber offenbar die "rigorosen" Abgrenzungskriterien, wie eine 25 %-Grenze vor schillernden Begriffen wie Sperrminorität oder beherrschenden Einfluss bevorzugt hat².

Zweck der Bestimmung ist es, diejenigen Konzentrationsvorgänge als Zusammenschluss zu erfassen, die durch Anteilserwerb eine Unternehmensverbindung herbeiführen oder verstärken, aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann.

Der Gesetzgeber hat dabei, in Anbetracht des dynamischen Charakters der Unternehmenskonzentration die erste Beteiligungsstufe sehr tief angesetzt, weil auch schon durch eine 25 %-Beteiligung das Verhalten der so verbundenen Unternehmen dauerhaft beeinflusst werden kann³ und die Beherrschungspotentialität gegeben ist⁴.

1 Zur Methode vgl. oben S. 123

2 So auch Kleinmann, Erwerb einer Unternehmensbeteiligung, DB 1977, S. 1079 ff., 1080

3 So Bechtold, Die Anwendbarkeit, WuW 1977, S. 460 ff., 466; siehe auch oben S. 85 f.

4 Skeptisch Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 72

Da seit der Novelle von 1973 der Zusammenschlussbegriff nicht mehr nur für die Anzeigepflicht gilt, sondern auch für die weitergehende eingreifende Zusammenschlusskontrolle und die Anmeldepflicht, müssen die Zusammenschlusstatbestände als Grundvoraussetzung der ganzen Konzentrationskontrolle klar und eindeutig sein¹.

Aus dem Gesetzeszweck und der Gesetzessystematik ist somit ebenfalls zu schliessen, dass die Kriterien des Tatbestandes Nr. 2 zwar rigoros sind, aber von dem Gesetzgeber offenbar bewusst eingebaut worden sind um damit die für diese Bestimmung erforderliche Deutlichkeit zu verbessern.

Dieselben Argumente sind auch der von Lanzenberger vertretenen Ansicht, dass § 23 Abs.2 Nr. 2 analog auf die oben beispielhaft aufgeführten Umgehungsfälle anzuwenden sei, entgegenzuhalten².

Denn eine Erweiterung des Tatbestandes wäre nur dann zulässig, wenn eine Gesetzeslücke vorliegen würde, und es sich nicht gerade um eine vom Gesetzgeber gewollte Einschränkung handele³.

Der Gesetzgeber hat aber mit dieser Vorschrift dem Eingreifen der öffentlichen Gewalt in die Privatwirtschaft offenbar klare und für die Betroffenen erkennbar umschriebenen Schranken gesetzt⁴, welche nicht durch interpretative Kunstgriffe beseitigt werden können, ohne die Prinzipien der auch hier gebotenen Rechtssicherheit

1 Dazu auch soch oben S. 57 ff.

2 Lanzenberger, Fusionskontrolle, in: Schwerpunkte 1975/1976, S. 53 ff., S. 62 f.; vgl. derselbe, Fusionskontrolle, in: Auslegungsfragen S. 75 ff., S. 82

3 Vgl. Larenz, Methodenlehre, 2.Aufl., S. 366 ff.

4 So BGH, "Polyester-Grundstoffe", Beschluss vom 3.4.1975, NJW 1975, S. 1282

zu verletzen¹.

Darüberhinaus würde, wie schon auf S. 132 f. dargelegt wurde, eine wie von Lanzenberger vorgeschlagene analoge Erweiterung des Tatbestandes Nr. 2 im Falle eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens in Konflikt kommen mit dem strafrechtlichen "nulla poena sine lege" Prinzip des § 103 Abs.2 GG.

Das Gesetz kennt in Bezug auf die Kriterien des Tatbestandes Nr. 2 nur eine ausdrückliche Einschränkung: gem. § 23 Abs.3 liegt bei Erreichen einer der Beteiligungsstufen kein Zusammenschluss vor, wenn die Unternehmen schon vorher i.S.d. § 23 Abs.2 zusammengeschlossen waren, und der erneute Zusammenschluss nicht zu einer wesentlichen Verstärkung der bereits bestehenden Unternehmensverbindung führt².

Ein Unternehmen das z.B. schon eine 25 % -Beteiligung an einem anderen besitzt, stockt diese zu 50 % oder einer Mehrheitsbeteiligung auf. Da aber dem Erwerber schon vor dem zweiten Beteiligungserwerb aufgrund vertraglicher Regelungen die Stellung eines Mehrheitsgesellschafters eingeräumt worden war, liegt nach der bisherigen Praxis des BKartA bei der Aufstockung der Anteile auf 50 % in diesem Fall keine wesentliche Verstärkung vor³.

1 Vgl. Kleinmann, Erwerb einer Unternehmensbeteiligung, DB 1977, S. 1079 ff., S. 1081: "So greift die Rechtsunsicherheit in erschreckendem Masse um sich und das bei einem Gesetz, das für viele Unternehmen von existenzieller Bedeutung ist"

2 Zum Zusammenschluss bereits zusammengeschlossener Unternehmen siehe oben S. 89 f.

3 Vgl. den Fall Mannesmann-DEMAG, TB BKartA 1974, S. 70, ebenfalls Monopolkommission, Hauptgutachten, Nr. 882

Die Regelung des § 23 Abs.3 Satz 1 setzt nämlich voraus, dass für die Prüfung der Wesentlichkeit einer Verstärkung die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse unmittelbar vor und nach dem Zweitzusammenschluss mit einander verglichen werden.

2. Die Anwendung des Auffangtatbestandes auf Beteiligungserwerb unterhalb der relevanten Stufen.

Fraglich ist inwieweit der Auffangtatbestand auf die erwähnten Umgehungsfälle angewendet werden kann¹. Gem. dem Tatbestand Nr. 5 gelten auch die sonstigen Verbindungen von Unternehmen aufgrund deren ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann als Zusammenschluss.

Wie oben dargelegt wurde², hat der Gesetzgeber offenbar in der Nr. 5 die ratio der Zusammenschlusstatbestände offengelegt. Die in diesem Tatbestand formulierte Beherrschungsmöglichkeit ist als "unwiderlegbare Vermutung" in die sonstigen Tatbestände hineinzulesen.

Dies findet seinen Grund darin, dass die in § 23 Abs.2 aufgezählten Tatbestände konkrete Konzentrationsvorgänge darstellen, welche nach Ansicht des Gesetzgebers grundsätzlich geeignet sind eine Beherrschungsmöglichkeit herbeizuführen oder zu verstärken.

¹ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten, Nr. 881 ff.; Lanzenberger, Fusionskontrolle, in: Schwerpunkte 1975/1976, S. 53 ff., S. 61; Kleinmann, Erwerb einer Unternehmensbeteiligung, DB 1977, S. 1079 ff., S. 1080; Frankfurter Kommentar, § 23 Tz. 73

² Siehe oben S. 68 ff., S. 84 ff.

Dieser Zusammenhang der Tatbestände kommt besser zum Ausdruck, wenn man den Zusammenschlusskatalog wie folgt liest:

Als Zusammenschluss im Sinne dieses Gesetzes gilt jede Herbeiführung oder Verstärkung einer Unternehmensverbindung, aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben können, namentlich jeder der folgenden Tatbestände Nr. 1 bis 4.

Aus dem Zusammenhang der Tatbestände lässt sich folgern, dass der Auffangtatbestand nur auf solche Fälle anwendbar ist, welche qua Einfluss mit anderen Tatbeständen zu vergleichen sind.

Der blosse Beteiligungserwerb unterhalb der 25 % Grenze wird diese Voraussetzung nicht erfüllen.

Dies wird erst dann der Fall sein, wenn durch zusätzliche Vereinbarungen der Erwerber einer solchen Beteiligung qua Einflussmöglichkeit mit einem 25 % Aktionär gleichgestellt wird¹.

Grundsätzlich bleibt also festzuhalten, dass auch ein Anteilserwerb unterhalb der in Nr. 2 genannten Anteilstufen wegen der tatsächlichen Umstände über den Auffangtatbestand der Nr. 5 unter die Konzentrationskontrolle fallen kann.

Besonders in den dargelegten Umgehungsfällen mit satzungsmässig festgelegten Zusatzvereinbarungen, die eine wirtschaftliche oder rechtliche Gleichstellung des Erwerbers mit einer höheren Beteiligung bezwecken, wird dies der Fall sein.

¹ Vgl. zu dieser Problematik auch: Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23 Rdn. 73; Niederleithinger, Praxis der Marktbeherrschung, in: Schwerpunkte 1974/75 S. 73 ff., S. 80

III. Die Berechnung der Beteiligungsstufen.

1. Die Zurechnung.

Für die Berechnung der Beteiligungsstufen, welche nach § 23 Abs.2 Nr. 2 einen Zusammenschluss von Unternehmen darstellen, werden sowohl die neu erworbenen als auch die dem Unternehmen schon gehörenden Anteile berücksichtigt.

Wesentlich ist somit, feststellen zu können, welche Anteile einem Unternehmen bereits gehören.

Zunächst sind das die Beteiligungen, welche das Unternehmen selbst hält. Besitzt Unternehmen A 15 % der Anteile an Unternehmen B und erwirbt es eine 10 % - Beteiligung hinzu, dann werden die beiden Beteiligungen zusammengezählt und es wird die 25 % - Grenze erreicht.

Gem. § 23 Abs.2 Nr. 2 sind aber zu den Anteilen, welche ein Unternehmen hält, auch die Anteile zu rechnen, die mit ihm i.S. der Verbundklausel des § 23 Abs.1 Satz 2 verbundenen Unternehmen bereits gehören¹.

Demnach sind dem erwerbenden Unternehmen die Anteile zuzurechnen, die einem abhängigen oder herrschenden Unternehmen i.S. des § 17 AktG oder einem mit ihm in Konzernverhältnis stehenden Unternehmen i.S. des § 18 AktG gehören.

Da die Verweisung auf die Verbundklausel auch die Mehrmütterklausel² umfasst, gilt im Falle einer gemeinsamen Beherrschung des Erwerbers durch mehrere Unternehmen, jedes dieser Unternehmen als herrschendes Unternehmen.

1 Zur Verbundklausel siehe oben S. 22, S. 23

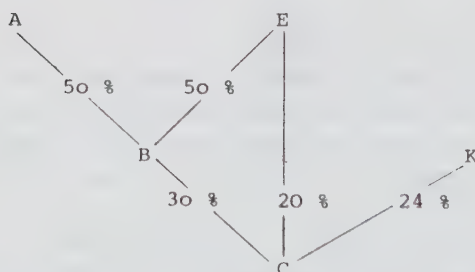
2 Zur Mehrmütterklausel siehe oben S. 23

Auch Anteile welche diese gemeinsam beherrschenden Unternehmen besitzen müssen folglich ebenfalls dem Erwerber zugerechnet werden.

Wenn Unternehmen A zusammen mit den Unternehmen B und C gemeinsam das Unternehmen D beherrscht, dann müssen ihm die Anteile die D hält, zugerechnet werden, da D aufgrund der Mehrmütterklausel ebenfalls ein mit ihm verbundenes Unternehmen ist.

Die Anteile, welche B und C gehören, sind jedoch A nicht zuzurechnen, da die Mehrmütterklausel nicht zur Folge hat, dass die Muttergesellschaften zu verbundenen Unternehmen werden¹. Wir werden dies mit einem Beispiel erläutern.

Das Unternehmen A besitzt an dem Unternehmen B eine 50 % - Beteiligung und beherrscht dieses Unternehmen zusammen mit einem auch zu 50 % an B beteiligten Unternehmen E. B und E sind beide an dem Unternehmen C beteiligt, B mit 30 % und E mit 20 %. An C ist weiter noch das Unternehmen K mit 24 % beteiligt.



A erwirbt nun von K die 24 % - Beteiligung an C.

¹ So Lanzemberger, Rechtsfragen, in: Schwerpunkte 1973/1974, S. 29 ff., S. 34; Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 51

Aufgrund der Mehrmütterklausel gilt das gemeinsam beherrschte Unternehmen B als ein mit A und E verbundenes Unternehmen. Folglich sind die Anteile welche B an C hält, A zuzurechnen, so dass die 50 % - Grenze des Tatbestandes Nr. 2 b um 4 % überschritten wird und ein Zusammenschluss i.S.d. § 23 Abs.2 Nr. 2b vorliegt.

Die Anteile welche E an C hält, sind A nicht zuzurechnen, weil E kein mit A verbundenes Unternehmen ist.

Ziel dieser komplizierten Zurechnungsregelungen ist es, zu verhindern, dass ein Unternehmen, welches bereits Beteiligungen hält, weitere Beteiligungen durch ein mit ihm verbundenes Unternehmen erwerben lässt und somit die Zusammenschlusskontrolle umgeht¹.

Weitere Umgehungsmöglichkeiten werden dadurch verhindert, dass dem Erwerber auch Anteile zuzurechnen sind, welche ein Dritter für seine Rechnung oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens hält.

Diese Anteile sind aber nur dann dem Erwerber zuzurechnen, wenn der Dritte seinen Weisungen unterliegt².

2. Der indirekte Anteilserwerb.

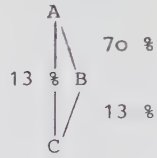
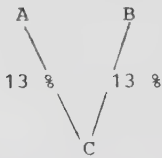
Umstritten ist die Frage, ob Zurechnung von Anteilen nur beim Erwerber stattfindet oder auch beim erworbenen Unternehmen.

Wir werden diese Frage anhand eines Beispiels von sog. "indirektem Anteilserwerb" untersuchen. A und B besitzen beide ein 13 % - Beteiligung an C. A erwirbt 70 % an B.

1 Vgl. für die Fälle der Treuhand, zu entsprechenden Problemen bei § 16 Abs.4 AktG, Biedenkopf/Koppensteiner, Kölner Kommentar, § 16 AktG Anm.9

2 Siehe auch BKartA, Presseinformation 26.6.1975, Ruhrkohle/Rütgers, WuW 1975, S. 562

- 1) Vor dem Erwerb 2) Der Erwerb 3) Nach dem Erwerb



Nach Auffassung von Lanzenberger würde hier neben dem Zusammenschluss zwischen A und B (Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung) auch ein Zusammenschluss zwischen A und C vorliegen.

Er begründet seine Auffassung damit, dass sonst die Aufstockung der Beteiligung von A an C von 13 % auf 26 % verborgen bleiben würde.

Dem ist aber nicht zuzustimmen.

Ziel der Zurechnungsregelung ist, wie schon bemerkt, zu verhindern, dass ein Unternehmen, welches bereits Beteiligungen hält, weitere Beteiligungen durch ein mit ihm verbundenes Unternehmen erwerben lässt.

B wird aber, wie das Beispiel oben zeigt, erst durch den Erwerb der Mehrheitsbeteiligung durch A, ein mit A verbundenes Unternehmen.

Daraus folgt, dass A erst nach dem Zusammenschluss die 13 % - Beteiligung, welche B an C hält, zugerechnet werden kann.

Es geht somit bei der Zurechnung beim indirekten Anteilserwerb um die Anteile, die auf dem Moment des Zusammenschlusses dem Unternehmen oder den mit ihm verbundenen Unternehmen "bereits gehören".

1 So auch Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 47;
Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 81

D. Der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens
in § 23 Abs.2 Nr. 2 Satz 3.

I. Einführung.

1. § 23 Abs.2 Nr. 2 Satz 3 definiert in der Form einer "Klammerdefinition" den Begriff des Gemeinschaftsunternehmens.

Danach liegt ein Gemeinschaftsunternehmen vor, wenn mehrere Unternehmen, gleichzeitig oder nacheinander im Umfang von 25 % oder 50 % aller Anteile oder einer Mehrheitsbeteiligung, Anteile an einem Unternehmen erwerben. Dies gilt hinsichtlich der Märkte auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist als Teilzusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen.

Der Begriff des Gemeinschaftsunternehmens wurde vom Gesetz offenbar aus der kartellrechtlichen Literatur übernommen¹, in der ein Gemeinschaftsunternehmen umschrieben wird als eine von zwei oder mehreren kapitalmäßig beteiligten Unternehmen abhängige "Tochtergesellschaft", mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Zusammenarbeit der sie beherrschenden Unternehmen auf einem bestimmten Gebiet dient.

Die beherrschenden Muttergesellschaften bleiben im Verhältnis zueinander rechtlich und wirtschaftlich selbständig.

Im Rahmen der Konzentrationskontrolle wird das Gemeinschaftsunternehmen als Tatbestand zum ersten Mal in dem Referentenentwurf vom März 1970 aufgeführt und zwar als Tatbestand Nr.6: "Als Zusammenschluss gilt die Bildung von Gemeinschaftsunternehmen".

1 Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 54

2 Hefermehl, Unternehmenszusammenschlüsse, GRUR 1966, S. 651 ff, 652; vgl. weiter zu Ontologie des Gemeinschaftsunternehmens etwa Benisch, Kooperationsfibel, S. 280 ff.; Klein, Gemeinschaftsunternehmen, 1966; Schaub, Motive und Grundlagen, WuW 1971, S. 175 ff., Gansweid, Gemeinsame Tochtergesellschaften, S.32 ff., jeweils m.w.N.

In der Begründung zu diesem Entwurf wurde die Bestimmung dahingehend erläutert, dass bei einem Erwerb von Anteilen an einem anderen Unternehmen dann ein Gemeinschaftsunternehmen vorliegt, wenn die an ihm beteiligten oder sich beteiligenden Unternehmen ihm bestimmte unternehmerische Tätigkeiten im Wege der Ausgliederung übertragen. Das Wesen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens liege darin, dass die Gründerunternehmen im Bereich der ausgegliederten Tätigkeiten ihre Selbständigkeit aufgeben¹.

Im Referentenentwurf vom Oktober 1970 wurde die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens wie folgt in den Tatbestand des Anteilserwerbs eingegliedert: "Erwerben mehrere Unternehmen gleichzeitig oder nacheinander im vorbezeichneten Umfang Anteile an einem anderen Unternehmen, so gilt dies hinsichtlich der Märkte, auf denen das Unternehmen tätig ist, auch als Zusammenschluss der sich beteiligenden Unternehmen".

Aus dieser Formulierung geht hervor, dass der zweite Referentenentwurf offensichtlich die These aus der Begründung zum ersten Referentenentwurf, die Gründerunternehmen gäben im Tätigkeitsbereich des Gemeinschaftsunternehmens ihre Selbständigkeit auf, dahingehend weiterentwickelt hat, dass ein Zusammenschluss zwischen den sich beteiligenden Unternehmen hinsichtlich des Tätigkeitsbereiches des Gemeinschaftsunternehmens unterstellt wurde.

Dies wurde damit begründet, dass die wettbewerbspolitische Bedeutung eines Gemeinschaftsunternehmens zwar zunächst in dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und jeder der Muttergesellschaft liege.

¹ Begründung zum ersten Referentenentwurf, zu § 23, S. 85 f.

Darüberhinaus müsse aber auch die Verbindung, die durch das Gemeinschaftsunternehmen zwischen den Muttergesellschaften entsteht, ebenfalls wettbewerbspolitisch berücksichtigt werden¹.

Mit derselben Begründung wurde die Fassung des Referentenentwurfs vom Oktober 1970 wörtlich identisch in § 23 Abs.2 Nr.2 des Regierungsentwurfs von 1971² und später in das Gesetz übernommen.

II. Inhalt des Begriffs.

Die Definition des Gemeinschaftsunternehmens gem. § 23 Abs.2 Nr.2 Satz 3 erfasst mehrere Konzentrationsvorgänge. Zunächst wird Anteilserwerb durch mehrere Unternehmen an einem dritten Unternehmen vorausgesetzt. Mit der Wendung "im vorbezeichneten Umfang" wird dabei auf die drei relevanten Beteiligungsstufen von 25 %, 50 % und der Mehrheitsbeteiligung hingewiesen³.

Mit dem Vorliegen dieser vertikalen Zusammenschlüsse, jeweils zwischen den erwerbenden Unternehmen und dem dritten Unternehmen verbindet das Gesetz die Rechtsfolge eines Zusammenschlusses zwischen den erwerbenden Unternehmen hinsichtlich der Märkte auf denen das dritte Unternehmen tätig ist.

Wie aus der Begründung zum Regierungsentwurf 1971 hervorgeht⁴, ist der Zweck dieses Aufbaus die Erfassung solcher Fälle, bei denen durch die Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens hinsichtlich seines Tätigkeitsbereiches der frühere aktuelle bzw. potentielle Wettbewerb der beteiligten Unternehmen eingeschränkt wird.

1 Begründung zum Referentenentwurf vom Oktober 1970, zu § 23 Abs.2, S. 93

2 BT-Drucks. VI/2520, S. 27

3 Siehe dazu oben S. 146 ff.

4 aaO, S.27; vgl. auch Bericht des Wirtschaftsausschusses vom 12.6.1973, BT-Drucks., 7/765, S. 7

Diese gesetzliche Begriffsbestimmung des Gemeinschaftsunternehmens ist folglich so in die Rechtsvorschrift des § 23 Abs.2 Nr.2 eingebaut, dass das Tatbestandsmerkmal "Anteilserwerb mehrerer Unternehmen im vorbezeichneten Umfang" gleichzeitig begrifflich als Gemeinschaftsunternehmen definiert wird und auch als Voraussetzung für die Rechtsfolge "Zusammenschluss der Muttergesellschaften hinsichtlich der Märkte, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig ist" dient.

Diese Analyse zeigt, dass dieser Begriff des Gemeinschaftsunternehmens konkret auf die Konzentrationskontrolle bezogen ist.

Er ist aus diesen Gründen enger als der oben dargestellte Begriff, der von der Literatur in Zusammenhang mit dem Kartellverbot entwickelt wurde; beide Begriffe dürfen daher nicht ohne nähere Prüfung gleichgesetzt werden.

III. Die Anwendung des Begriffs.

1. Die Definition des Gemeinschaftsunternehmens setzt, wie bemerkt, Anteilserwerb durch mehrere Unternehmen gem. Abs.2 Nr. 2a, 2b und 2c voraus.

Daraus geht hervor, dass wenigstens zwei Unternehmen mindestens jeweils eine 25 %-Beteiligung an einem dritten Unternehmen erwerben müssen. Anteilserwerb unterhalb dieser 25 %-Grenze bleibt für die Anwendung der Vorschrift ausser Betracht.

Wenn z.B. die Unternehmen A und B je 25 %, das Unternehmen C 30 % und das Unternehmen D 20 % Anteile an dem Gemeinschaftsunternehmen X erwerben, liegen gem. § 23 Abs.2 Nr. 2a drei Zusammenschlüsse vor: A-X, B-X und C-X. Nur der Anteilserwerb von A, B und C führt zu einem vom Gesetz vorgesehenen horizontalen Zusammenschluss der erwerbenden Unternehmen, hinsichtlich des Tätigkeitsbereiches des Gemeinschaftsunternehmens X.

Dabei ist es unerheblich, dass neben A, B und C auch D mit einer Beteiligung unterhalb 25 % beteiligt ist¹.

Falls jedoch mehrere Unternehmen jeweils weniger als 25 % Anteile an einem dritten Unternehmen erwerben, ist zu untersuchen, ob nicht der Auffangtatbestand Nr.5 angewendet werden kann.

Voraussetzung dafür ist, dass die erwerbenden Unternehmen im Stande sind, aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Verbindungen gemeinsam eine Beherrschung über das dritte Unternehmen auszuüben².

Auffallend ist in diesem Zusammenhang, dass das Gesetz für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ein solches Zusammenwirken der Gründerunternehmen nicht ausdrücklich voraussetzt³.

Nach der in der Literatur überwiegenden Auffassung ist jedoch davon auszugehen, dass aufgrund des "klassischen Begriffs des Gemeinschaftsunternehmens" auch bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zusätzlich eine Koordinierung i.S. "eines gewollten Zusammenwirkens mit einer gewissen Planmässigkeit" vorausgesetzt werden muss⁴.

2. Ein zusätzliches Problem bei der Anwendung der Vorschrift betrifft die etwaige Anwendung des Kartellverbotes der §§ 1 ff. auf die Zusammenarbeit der Gründerunternehmen im Gemeinschaftsunternehmen.

1 So auch der Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 54; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 88; a.A. Ebel, Zusammenschlussbegriff, DB 1974, S. 749 ff., S.754, nach dem in solchen Fällen kein Zusammenschluss vorliegt

2 Vgl. Bericht des Wirtschaftsausschusses 1973, aaO, S.7

3 Vgl. dazu Röhling, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff., 1588; Gansweid, Gemeinsame Tochtergesellschaften, S. 273; Witzel, Ausgestaltung, S.20; die alle davon ausgehen, dass eine solche Voraussetzung fehlt

4 So Bechtold, Marktbeherrschung, DB 1974, S. 1945 ff., 1949; Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff.. S.740; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 54; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 90

Dazu muss zunächst auf den völlig verschiedenen Charakter der Sachvorschriften der Konzentrationskontrolle und des Kartellverbotes hingewiesen werden.

Die Bestimmungen der §§ 23 ff. beziehen sich auf Konzentrationsvorgänge, die durch Herbeiführung von langfristigen Unternehmensverbindungen die Marktstruktur ändern, indem sie die Zahl der unabhängig entscheidenden und planenden Unternehmenseinheiten verringern¹.

Die Kartellvorschriften der §§ 1 ff. sind dagegen auf das Marktverhalten von gegenseitig unabhängigen Unternehmen abgestellt und sind offenbar nicht geeignet, Zusammenschlüsse zu erfassen².

Daraus ergibt sich, dass das Kartellverbot nur auf solche Vereinbarungen zwischen den beteiligten Unternehmen angewendet werden kann, welche nicht für den Zusammenschlussbegriff wesensnotwendig sind und damit über die gesetzlichen Erfordernisse hinausgehen. Das heisst also, dass vom Kartellverbot nur die zusätzlichen, nicht funktionsnotwendigen Vereinbarungen erfasst werden. Zutreffend bemerkt dazu Kartte³, §§ 1 ff. und §§ 23 ff. seien nur Teile "eines Systems einander ergänzenden Vorschriften, die ... jeweils eine besondere Art der Wettbewerbsbeschränkungen erfassen"⁴.

Der Gesetzgeber hat die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen systematisch dem Zusammenschlusskatalog des § 23 zugeordnet. Kennzeichnend für die aufgezählten Zusammenschlusstatbestände ist die Herbeiführung oder Änderung von Unternehmensverbindungen aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen einen beherrschenden Einfluss ausüben können.

1 Deringer/Herrmann, Konzernmässige Zusammenschlüsse, BB 1966, S. 1157 ff., S. 1165; Gansweid, Gemeinsame Tochtergesellschaften, S. 214; siehe auch oben S. 68 ff.

2 Kartte, Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1963, S. 565 ff. S. 573

3 Vgl. Johag, Gemeinschaftsunternehmen, S. 23; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, Einl. Rdn. 73 ff., 79 ff.

4 Kartte, Zur Auslegung des § 1 GWB, aaO, S. 574; Zustimmend auch Deringer/Herrmann, Konzernmässige Zusammenschlüsse, aaO, S. 1163

Demnach fallen die Zusammenarbeit und die "Interessenharmonisierung"¹ der beteiligten Gründerunternehmen, welche eine gemeinsame Beherrschung des Gemeinschaftsunternehmens betreffen, unter den Zusammenschlussbegriff des § 23 Abs.2 und unterliegen somit den Vorschriften der Konzentrationskontrolle².

Das gilt für alle Massnahmen und Vereinbarungen zwischen den beteiligten Unternehmen, welche den Zweck haben, die Herrschaftsbefugnis über das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam auszuüben. Dazu gehören z.B. neben dem Gründungsvertrag³, die Vereinbarungen der beteiligten Unternehmen, welche die Willensbildung und Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens regeln und somit zur "Natur des Zusammenschlusses gehören"⁴.

Möglich ist, dass die beteiligten Unternehmen nach der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens in dessen Tätigkeitsbereich weiterhin aktiv bleiben, sich jedoch im Interesse des Gemeinschaftsunternehmens durch Wettbewerbsverbote verpflichten, ihm gegenüber den Wettbewerb einzustellen. Auch solche Wettbewerbsverbote fallen m.E. unter den dargelegten Sinn und Regelungszweck des Teilzusammenschlusses und unterliegen somit nur der Konzentrationskontrolle.

Soweit der Zweck des Gemeinschaftsunternehmens sie erfordert, werden also auch diese Wettbewerbsverbote nicht vom Kartellverbot des § 1 erfasst⁵.

1 Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 116

2 Vgl. Johag, Gemeinschaftsunternehmen, S. 36

3 Johag, aaO, S. 36

4 So Bechtold, Die Anwendbarkeit, WuW 1977, S. 460 ff., S. 468

5 Vgl. zur Unterscheidung Kartell/Zusammenschlüsse im EG-Recht, EG-Kommission in dem Memorandum über die Unternehmenskonzentration in der EG, WuW 1966, S.330 ff.; dazu auch Steindorff, Zur Anwendbarkeit des Art. 85 Abs.1 EWG-Vertrag, BB 1977, S. 1613 ff., m.w.N.

Die Kriterien für die Abgrenzung und zur Verhinderung von Missbräuchen liegen hier ähnlich wie beim Problem-
bereich des Wettbewerbsverbotes für Personengesellschaften gegenüber dem Kartellverbot¹.

Das Wettbewerbsverbot darf nicht weiter reichen als es zur Sicherung und Förderung des Gesellschaftszwecks erforderlich ist².

Entsprechend dürfen kartellähnliche Vereinbarungen über Gemeinschaftsunternehmen nicht weitergehen als es für den Bestand notwendig ist.

1 Vgl. dazu ausführlich: Schütte, Wettbewerbsverbote der Personenhandelsgesellschafter, S. 88 ff., S. 111 ff.; Kardaras, Das Wettbewerbsverbot in den Personengesellschaften, S. 131 ff.

2 Schütte, aaO, S. 111

4. Kapitel.

Die Unternehmensverträge (Tatbestand Nr. 3).

A. Einführung.

I. Der Tatbestand Nr. 3 definiert die folgenden Unternehmensverträge als Zusammenschluss i.S. des § 23 Abs.2:

Verträge mit einem Unternehmen durch die

- ein Konzern im Sinne des § 18 AktG gebildet oder der Kreis der Konzernunternehmen erweitert wird (a),
oder

- sich das andere Unternehmen verpflichtet, sein Unternehmen für Rechnung des Unternehmens zu führen oder seinen Gewinn ganz oder zum Teil an das Unternehmen abzuführen (b),
oder

- dem Unternehmen der Betrieb des anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil verpachtet oder sonst überlassen wird (c).

Der Gesetzgeber hat diese Verträge laut der Regierungsbegründung 1971 aus dem Aktiengesetz übernommen¹. Er knüpft dabei im wesentlichen an die Formulierung der §§ 291 ff. AktG an. Die Fassung der Verträge im Tatbestand Nr. 3 und die der §§ 291 ff. AktG sind jedoch nicht völlig identisch.

Auffallend ist z.B. dass gemäss § 23 Abs.2 Nr. 3a auch die Bildung eines Gleichordnungskonzerns² erfasst wird. In der Aufzählung der §§ 291 ff. AktG fehlt jedoch dieser Vertrag.

Andererseits nennt § 292 Abs.1 Nr.1 AktG die Gewinngemeinschaft ausdrücklich als Unternehmensvertrag, während diese Vertragsform in § 23 Abs.2 Nr.3 fehlt.

1 Begründung zum Regierungsentwurf 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 27

2 § 18 Abs.2 AktG

Ein weiterer Gegensatz zwischen dem Tatbestand Nr. 3 und den entsprechenden aktienrechtlichen Bestimmungen sind die Anforderungen an die Rechtsform der beteiligten Unternehmen.

Während das Aktiengesetz die Beteiligung einer AG oder KGaA voraussetzt¹, ist die Nr. 3 unabhängig von der Rechtsform der beteiligten Unternehmen anwendbar².

II. Die Verträge des Tatbestandes Nr. 3 unterscheiden sich von dem in den ersten beiden Tatbeständen geregelten Vermögens- und Anteilserwerb, indem durch sie kein Vermögens- oder Eigentumsübergang stattfindet, sondern dass unter Aufrechterhaltung der Organisationseinheit und ihrer eigentumsrechtlichen Zuordnung, Leitungsmacht übernommen, oder Marktverhalten institutionell koordiniert wird³.

In wie weit die in Nr. 3 aufgezählten Verträge tatsächlich zu einer Beherrschungsmöglichkeit führen, ist für die Erfüllung des Zusammenschlusstatbestandes unerheblich. Das ist eine Frage, welche ggf. erst im Rahmen der eingreifenden Kontrolle gem. § 24 untersucht werden muss.

In der Regel werden die Verträge jedoch abgeschlossen zwischen Unternehmen, welche schon z.B. durch Beteiligung verbunden sind⁴. Sie können dann in Zusammenwirken mit den schon vorhandenen Einflussmitteln zu einer Herbeiführung von Abhängigkeit oder zu einer Erweiterung einer schon vorhandenen Beherrschungsmöglichkeit beitragen.

1 Vgl. Übersicht bei Veit, Unternehmensverträge, S. 55

2 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 60; Kleinmann/Bechtold, § 23, Rdn. 101

3 Langen, Kommentar § 23, Tz 59; Frankfurter Kommentar, Tz 59

4 Würdinger, Konzernrecht, S. 267; Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 17, Anm. 16

In solchen Fällen ist darauf zu achten, dass gem. § 23 Abs.3 Satz 1 ein Konzentrationsvorgang zwischen schon im Sinne des § 23 Abs.2 zusammengeschlossenen Unternehmen nur dann einen Zusammenschluss darstellt, wenn die schon bestehende Unternehmensverbindung wesentlich verstärkt wird¹.

III. Eine weitere, auf den ersten Blick verblüffende, Besonderheit der Unternehmensverträge liegt darin, dass es bei ihnen zu einer zusätzlichen Prüfung von Kriterien der Zusammenschlusskontrolle kommen kann, die sich u.U. dahin auswirkt, dass sie im Ergebnis Wirksamkeitsvoraussetzung dieser Verträge wird.

Gem. § 294 AktG werden nämlich Unternehmensverträge an denen eine AG oder KGaA beteiligt ist, erst dann wirksam, wenn ihr Bestehen in das Handelsregister eingetragen ist.

Dem Registerrichter steht nach der ganz h.M. in der Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der einzutragenden Tatsachen ein materielles Prüfungsrecht zu².

Bei der Prüfung von Verträgen welche unter § 23 Abs.2 Nr.3 fallen, muss der Richter auch die Voraussetzungen des § 24 a berücksichtigen. Denn in den Fällen einer Beteiligung von mindestens zwei Umsatzmilliardären (Elefantenhochzeit), liegt eine präventive Anmeldepflicht vor, und darf der Zusammenschluss erst nach Ablauf der in § 24 Abs.4 genannten Fristen vollzogen werden³.

1 Siehe dazu ausführlich oben S. 88 ff.

2 Overlack, Zivilrechtliche Probleme der Fusionskontrolle, BB 1974, S. 1228 ff.,; Keidel/Winkler, FGG, § 127 Rdn. 1; Jansen, FGG, § 125, Rdn. 25

3 Siehe dazu oben S. 26 f.

Dies bedeutet, dass solche Verträge solange nicht eingetragen werden dürfen, als die Anmeldung beim BKartA, das Verstreichen der Bindungsfrist ohne Eingreifen des Amtes oder ein anderer positiver Abschluss des Verfahrens nicht stattgefunden hat¹.

Die sonstigen von § 23 Abs.2 Nr.3 erfassten Unternehmensverträge, welche also nicht die Kriterien des § 24 a erfüllen, unterliegen allenfalls nach ihrem Vollzug der Konzentrationskontrolle.

Das Registergericht hat in diesen Fällen nicht das Recht, wegen der Möglichkeit einer Untersagung die Eintragung zu verzögern oder abzulehnen².

Das würde nämlich dazu führen, dass der Registerrichter eine präventive Kontrolle ausüben würde, welche das Recht der Konzentrationskontrolle nicht vorsieht³.

1 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 24a, Rdn. 96

2 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 24a, Rdn. 98

3 Overlack, Zivilrechtliche Probleme der Fusionskontrolle, BB 1974, S. 1228 ff., 1229

B. Die einzelnen Verträge.

I. Konzernbildungs- und Erweiterungsverträge.

Der Unterfall a des § 23 Abs.2 Nr.3 erfasst durch seine Verweisung auf § 18 AktG die vertragliche Gründung und Erweiterung von Konzernen.

§ 18 AktG unterscheidet dabei zwischen Gleichordnungskonzernen und Unterordnungskonzernen¹.

1. Verträge zur Gründung und Erweiterung von Gleichordnungskonzernen haben den Zweck, Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung zusammenzufassen.

Die vertraglichen Gleichordnungsmassnahmen bestehen darin, dass die Geschäftspolitik der beteiligten Unternehmen harmonisiert wird, und dass zu diesem Zweck Gemeinschaftsorgane gebildet werden².

Keines der beteiligten Unternehmen hat auf ein anderes beteiligtes Unternehmen einen beherrschenden Einfluss. Der Gesetzgeber hat jedoch diese Verträge, welche in der Praxis auch als "Interessengemeinschaften" bezeichnet werden³, in den Zusammenschlusskatalog einbezogen, weil die Unternehmen insgesamt unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst werden und somit die wettbewerbliche Struktur des betreffenden Marktes potentiell gefährdet wird.

1 Zur Erklärung der Begriffe siehe oben S. 81 f.

2 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 61

3 Dazu im einzelnen Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, § 18, Anm. 69 ff.; Würdinger, Konzernrecht, S. 261

Demgemäss ist eine Zusammenschlusskontrolle im Hinblick auf diese Verträge folgerichtig.

2. Ein Unterordnungskonzern liegt vor, wenn ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst werden.

Als wichtigste Möglichkeit zur Gründung und Erweiterung von Unternehmenskonzernen gelten der Beherrschungsvertrag gem. § 291 AktG und die Eingliederung gem. § 319 AktG, an die das aktienrechtliche Konzernrecht in § 18 AktG mit der sog. Konzernvermutung anknüpft.

Da aber § 23 Abs.2 Nr.3 nur Unternehmensverträge erfasst, kommt die Eingliederung nicht für die Anwendung dieses Tatbestandes in Betracht. Denn eine Eingliederung wird nicht durch Vertrag, sondern durch Beschlüsse der Hauptversammlungen der beteiligten Gesellschaften vollzogen¹.

Ein Beherrschungsvertrag ist gem. den Grundsätzen des Aktienrechts ein Vertrag, wodurch ein Unternehmen seine Unternehmensleitung einem anderen Unternehmen unterstellt². Voraussetzung dazu ist, dass sich die Unterstellung auf das ganze Unternehmen erstreckt³.

Durch den Vertrag werden dem herrschenden Unternehmen Weisungsrechte gegenüber dem abhängigen Unternehmen eingeräumt.

1 Frankfurter Kommentar, § 23 Tz 60; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 104

2 Vgl. § 291 Abs.1

3 Godin-Wilhelmi, § 291 Anm.2; Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 291 Anm.7

Die Weisung kann als "Einzelanweisung zu einer bestimmten Massnahme oder Unterlassung erteilt werden, oder in der generellen Bestimmung der zu befolgenden Geschäftspolitik und in der Festlegung sonstiger allgemeiner Grundsätze bestehen"¹.

Der Beherrschungsvertrag befugt somit das herrschende Unternehmen, das von ihm beherrschte Unternehmen seinen Interessen dienstbar zu machen, auch wenn dies mit Nachteilen für das beherrschte Unternehmen verbunden ist. Gem. § 308 Abs.1 AktG dürfen jedoch solche für das abhängige Unternehmen nachteilige Weisungen nur dann erteilt werden, wenn sie den Belangen des herrschenden Unternehmens und der mit ihm und dem abhängigen Unternehmen verbundenen Unternehmen dienen².

Auch Beherrschungsverträge werden in der Regel abgeschlossen zwischen Unternehmen die schon vor Vertragsabschluss nicht mehr voneinander unabhängig waren. Der Abschluss eines Beherrschungsvertrages stellt in solchen Fällen immer eine wesentliche Verstärkung im Sinne des § 23 Abs.3 dar. Die Wesentlichkeit der Verstärkung liegt nämlich darin, dass das herrschende Unternehmen durch den Beherrschungsvertrag die oben umschriebene weitgehende Befugnis erlangt, das abhängige Unternehmen seinem eigenen oder dem Gruppeninteresse dienstbar zu machen, selbst wenn dies mit einer Benachteiligung der abhängigen Gesellschaft verbunden ist³.

1 So Würdinger, in: Grosskommentar, § 308, Anm.1

2 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf AktG 1962, bei Kropff, Aktiengesetz, S. 403

3 So Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., S. 738

Der Beherrschungsvertrag als Tatbestand der Konzentrationskontrolle könnte übrigens an Bedeutung gewinnen aufgrund der Neuordnung der Unternehmensmitbestimmung durch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976¹.

Denn die Ausübung von Leitungsmacht allein aufgrund von Anteilsbesitz kann erheblich erschwert werden, wenn das Leitungsorgan des Unternehmens - z.B. der Vorstand einer AG- vom paritätisch besetzten Aufsichts- oder Bestellungsorgan -dem Aufsichtsrat- bestellt wird².

Ausserdem wäre es denkbar, dass durch die Verlagerung der Leitungsmacht kraft Beherrschungsvertrages in eine Obergesellschaft, welche in einer nicht der Mitbestimmung unterliegenden Rechtsform geführt wird³, die Auswirkungen der Mitbestimmung abgeschwächt werden sollen⁴.

1 BGBl. I S. 1153

2 Vgl. Bälz, Einheit und Vielheit im Konzern, in: Festschr. für L. Raiser, 1974, S. 287 ff., S.335 f., S. 338; Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 50; Martens, Mitbestimmung, ZHR 138 (1974), S. 179 ff., S. 198 f.

3 Unter das Mitbestimmungsgesetz 1976 (MitbestG) fallen nämlich gem. § 1 Abs.1 MitbestG nur AG, KGaA, GmbH, bergrechtliche Gewerkschaft und die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft, soweit sie mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen, sowie GmbH & Co. KG. (§ 4 MitbestG). Vgl. auch § 5 MitbestG (Konzernunternehmen)

4 Vgl. zu diesem Problem auch: Martens, Mitbestimmung, ZHR 138 (1974), S. 179 ff., S. 190

II. Gewinnabführungsverträge, Geschäftsführungsverträge und Teilgewinnabführungsverträge.

1. Inhalt eines Gewinnabführungsvertrages ist die Verpflichtung eines Unternehmens den gesamten Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen.

Der Vertrag muss sich auf den ganzen Gewinn beziehen. Andernfalls liegt ein Teilgewinnabführungsvertrag gem. § 292 AktG vor¹, wonach ein Unternehmen sich verpflichtet, einen Teil seines Gewinns oder den Gewinn einzelner Betriebe an ein anderes Unternehmen abzuführen².

Als Gewinnabführungsvertrag gilt auch ein Vertrag, durch den sich eine Gesellschaft verpflichtet, ihr Unternehmen im eigenen Namen für die Rechnung eines anderen Unternehmens zu führen.

Im wirtschaftlichen Ergebnis entsprechen die Wirkungen eines Geschäftsführungsvertrages einem Gewinnabführungsvertrag. Die beiden Verträge laufen darauf hinaus, dass die Unternehmen auf die Erzielung eines eigenständigen Ertrages verzichten³.

Der Gewinnabführungsvertrag hat als solcher weder Abhängigkeit des den Gewinn abführenden Unternehmens, oder ein Konzernverhältnis zur Folge, da ein derartiger Vertrag weder ein Weisungsrecht verleiht, noch unbedingt eine einheitliche Leitung beider Unternehmen herbeiführt.

In der Regel wird jedoch das gewinnabführende Unternehmen von dem Vertragspartner abhängig sein. Denn mit der Gewinnübernahme ist nach den Bestimmungen des § 302 AktG zwangsläufig eine Verlustübernahme verbunden. Der Zwang einer solchen Verlustübernahme kann für den Vertragspartner ein beträchtliches Risiko bedeuten.

1 Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 291, Anm. 11

2 Zum Teilgewinnabführungsvertrag siehe unten S. 176

3 Begründung zum Regierungsentwurf 1962, Kropff, Aktiengesetz, S. 377

Der Vertragspartner wird deswegen nur dann bereit sein, dieses Risiko zu tragen, wenn er Einfluss auf die gewinnabführende Gesellschaft nehmen kann. Insofern wird also regelmässig ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegen¹.

Dies dürfte wohl auch der Grund sein, weshalb der Gesetzgeber diese Verträge als Tatbestand des § 23 Abs.2 aufgeführt hat. Denn auch Gewinnabführungsverträge bedeuten im Ergebnis eine (weitere) Beeinträchtigung der selbständigen Planungs- und Entscheidungsfreiheit des gewinnabführenden Unternehmens.

2. Nach dem Wortlaut des Tatbestandes Nr. 3b² ist davon auszugehen, dass auch der Teilgewinnabführungsvertrag von der Bestimmung erfasst wird³.

Dabei handelt es sich, wie aus § 292 Abs.1 Nr.2 AktG hervorgeht, um Verträge, in denen sich ein Unternehmen verpflichtet, einen Teil seines Gewinns einem anderen Unternehmen abzuführen. Gegenstand eines Teilgewinnabführungsvertrages kann einmal ein Teil des Gesamtgewinns sein, zum anderen aber auch der Gewinn einzelner Geschäftsbereiche⁴.

Auch die vertragliche Pflicht zur Abführung eines Teils des Gewinns eines Unternehmens setzt weder ein Abhängigkeits- noch ein Konzernverhältnis voraus, da die

1 Veit, Unternehmensverträge, S. 44

2 Nr. 3b: " ... Gewinn zum Teil abführen ... "

3 Zweifelnd Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S. 731 ff., S. 739

4 Im Aktienrecht ist kontrovers, welche Anforderungen an das Vorliegen eines Teilgewinns im Sinne des § 292 AktG zu stellen sind. Ausführlich dazu: Biedenkopf Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 292, Anm.14; Godin-Wilhelmi, § 292, Anm.4; Würdinger, in: Grosskommentar, § 292, Anm.12, 13; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 64

Erfüllung eines solchen Vertrages keinen beherrschenden Einfluss und auch keine Ausübung einer einheitlichen Leitung des Vertragspartners bedingt¹.

Trotzdem hat der Gesetzgeber auch die Teilgewinnabführungsverträge in den Zusammenschlusskatalog des § 23 Abs.2 aufgenommen. Das erhaltende Unternehmen wird im Allgemeinen bestrebt sein, die Gewinnsituation des gewinnabführenden Unternehmens zu beeinflussen. Es wird an einer Gewinnmaximierung des gewinnabführenden Unternehmens interessiert sein, woraus sich eine Abschwächung der Konkurrenz zwischen der Vertragspartnern ergeben könnte².

Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn, wie in der Regel, die vertragschliessenden Unternehmen schon aufgrund von Beteiligungen miteinander verbunden sind³.

3. Obwohl das Gesetz in § 23 Abs.2 Nr.3b die Gewinn-gemeinschaft nicht ausdrücklich nennt, geht die h.M. davon aus, dass auch diese Verträge den Tatbestand der Nr. 3b erfüllen⁴.

Die Gewinnngemeinschaft ist gem. § 292 Abs.1 Nr.1 AktG ein Unternehmensvertrag, durch den sich ein Unternehmen verpflichtet, seinen gesamten Gewinn oder den Gewinn einzelner Betriebe ganz oder teilweise mit dem Gewinn anderer Unternehmen oder einzelner Betriebe anderer Unternehmen zur Aufteilung eines gemeinschaftlichen Gewinns zusammenzulegen ("poolen").

Zwischen den sich beteiligenden Unternehmen besteht kein Abhängigkeitsverhältnis. Die besonders wichtige Bestimmung des Verteilungsschlüssels wird durch

1 Veit, Unternehmensverträge, S. 41

2 So Fatscheck, Die Berücksichtigung, S. 107

3 Vgl. Adler/Düring/Schmalz, Rechnungslegung, Bd.1 S. 895

4 Etwa Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 65; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 111; a.A. jedoch Würdinger, Arten und Formen, WuW 1973, S.731, S.738

die gemeinsame Entscheidung gleichberechtigter Unternehmen getroffen, so dass die Gewinnngemeinschaft einem Gleichordnungsverhältnis entspricht¹.

Da aber das Ziel einer Gewinnngemeinschaft oft nicht nur darin besteht, einen gegebenen Gewinn auf die Mitglieder zu verteilen, sondern auch darin, die Gewinne aller Unternehmen zu erhöhen², setzt dies in der Regel eine einheitliche Leitung der an der Gewinnngemeinschaft beteiligten Unternehmen voraus³.

Demgemäss wird auch die Gewinnngemeinschaft in der Praxis eine Verringerung der unabhängig planenden und entscheidenden Unternehmen zur Folge haben, so dass eine Zusammenschlusskontrolle auch im Hinblick auf diese Verträge folgerichtig ist.

III. Betriebspacht- und Überlassungsverträge.

1. § 23 Abs.3 Nr. 3c schliesslich bezeichnet die Verträge, durch die einem Unternehmen der Betrieb eines anderen Unternehmens ganz oder zu einem wesentlichen Teil verpachtet oder sonst überlassen wird, als Zusammenschluss.

Durch einen Pachtvertrag überlässt das verpachtende Unternehmen seinen Betrieb dem Pächter zur Nutzung, der ihn im eigenen Namen und für eigene Rechnung betreibt und dafür an den Verpächter ein Entgelt entrichtet⁴.

1 Luchterhand, Deutsches Konzernrecht, S. 177

2 Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 103

3 Veit, Unternehmensverträge, S. 39

4 Rasch, Deutsches Konzernrecht, S. 106

Die Betriebsüberlassungsverträge kennzeichnen sich dadurch, dass das eine Unternehmen aufhört, sein Unternehmen selbst zu betreiben und somit seine eigene unternehmerische Tätigkeit einstellt¹.

Der Unterschied zum Pachtvertrag besteht darin, dass das andere Unternehmen zwar den Betrieb der verpachtenden Gesellschaft für eigene Rechnung führt, aber nach aussen nur im Namen der überlassenden Gesellschaft betreibt².

Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträge begründen nicht zwangsläufig ein Abhängigkeitsverhältnis. Dies wird nur dann der Fall sein, wenn sich aus ihnen auch ein Einfluss auf das Unternehmen, dessen Unternehmenspolitik und Geschäftsführungspolitik ergibt³.

2. Im Gegensatz zu der Definition des Betriebspacht und Betriebsüberlassungsvertrages in § 292 Abs.1 Nr.3 AktG, lässt § 23 Abs.3 Nr. 3c auch die Verpachtung oder Überlassung eines wesentlichen Teils eines Unternehmens genügen.

Der Gesetzgeber hat sich hier offenbar an die Formulierung des Tatbestandes des Vermögenserwerbs angelehnt, wonach für das Vorliegen eines Zusammenschlusses auch der Erwerb des Vermögens "zu einem wesentlichen Teil" genügt⁴. Im Gegensatz zum ersten Tatbestand bezieht sich jedoch die Nr. 3c nicht auf das Vermögen eines Unternehmens, sondern auf dessen Betrieb.

Darunter ist, wie im Aktienrecht, "das Betreiben eines Unternehmens" zu verstehen⁵.

1 Vgl. Geßler, Das neue Konzernrecht, DB 1965, S. 1691 ff., S. 1729 ff., S. 1692

2 Rasch, Konzernrecht, S. 62

3 Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 17, Anm.16 f., Geßler, in: Geßler/Hefermehl/Eckhard/Kropff, § 17, Anm.54

4 Siehe dazu oben S. 115 ff.

5 Vgl. etwa Godin-Wilhelmi, § 292 Anm.5, Abs.1; BKartA, TB 1973, S. 71

Damit wird der gesamte, organisierte Tätigkeitsbereich eines Unternehmens erfasst; das ist mehr als nur die Summe aller Betriebsstätten eines Unternehmens¹.

Da begriffsnotwendig das Betreiben eines Unternehmens keine teilbare Grösse darstellt, ist die Passage "ganz oder zu einem wesentlichen Teil" hier wie im Tatbestand des Vermögenserwerbs zu verstehen: der ganze Betrieb oder fast der ganze Betrieb eines Unternehmens².

Es soll verhindert werden, dass der Ausschluss einiger "unwesentlicher" Betriebsfunktionen die Anwendung des § 23 unmöglich macht³.

Trotz dieses klaren Wortlauts wird sich die Praxis darauf einstellen müssen, dass die Kartellbehörden und die Gerichte die vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Auslegung der Satzwendung "zu einem wesentlichen Teil" im Rahmen der Anwendung des Tatbestandes Nr.1⁴ auch auf den Tatbestand Nr. 3c übertragen werden⁵.

Wie oben dargelegt wurde, können die vom BGH aufgestellten Grundsätze in drei Fallgruppen übertragen werden. In ihrer Formulierung angepasst an die Terminologie des Tatbestandes 3c, würden diese Fallgruppen folgendermassen lauten:

1 So Rittner, Tatbestände, DB 1975, S.581 ff., S.585; sowie Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 67; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 114; Fatscheck, Die Berücksichtigung, S. 109; A.A. Kirschstein, Marktmacht, S. 102

2 Siehe oben S. 124 f.

3 So Rittner, Tatbestände, DB 1975, S.581 ff., S. 585

4 Zementmahlanlage-Beschluss vom 20.11.1975, WuW/E BGH S. 1377, BGHZ 65, S. 269

5 So schon BKartA, TB 1973, S. 71; Lanzenberger, Fusionskontrolle, in: Auslegungsfragen, S. 75 ff., S.82

als Gegenstand eines Vertrages gem. § 23, Abs.2 Nr.3c
kann bezeichnet werden:

die Verpachtung oder Überlassung

- (1) des Betriebes eines Unternehmens, im ganzen
oder fast im ganzen,

oder

- (2) eines Betriebsteils, der in seinem Verhältnis
zum gesamten Betrieb eines Unternehmens quanti-
tativ ausreichend hoch ist¹,

oder

- (3) einer betrieblichen Teileinheit, die unabhängig
von der Grösse des veräussernden Unternehmens qua-
litativ eine eigene Bedeutung hat².

Da aber, wie bemerkt, der Betrieb eines Unternehmens
als das "Betreiben" eines Unternehmens verstanden wer-
den muss, hat die zweite Fallgruppe in diesem Zusammen-
hang keine praktische Bedeutung.

Denn man betreibt entweder den ganzen, oder fast den
ganzen Betrieb eines Unternehmens oder eine betrieb-
liche Teileinheit³.

1 Zur Erklärung der Begriffe siehe oben S. 134 f.

2 Zur Erklärung der Begriffe siehe oben S. 135

3 Vgl. Rittner, Erw. Anzeigepflicht, NJW 1976,
S. 546 ff., S. 550

5. Kapitel.

Die Herbeiführung von Personengleichheit in Leitungsgremien von Unternehmen (Tatbestand Nr.4).

A. § 23 Abs.2 Nr.4 bezeichnet die Herbeiführung von Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Vorstands oder eines sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs als Zusammenschluss. Ein interessantes Beispiel eines solchen Konzentrationsvorgangs liefert im internationalen Bereich das Modell AGFA-Geveart, bei denen die Organe sogar völlig identisch sind¹.

In der deutschen Praxis dürfte der Vorgang relativ selten sein, und wenn, dann wie bei den Verträgen, in der Regel aufgrund von oder in Zusammenhang mit anderen Beherrschungsmitteln². Bisher wurden, wie aus der Übersicht auf S. 52 dieser Arbeit hervorgeht, nur 4 Zusammenschlüsse durch Personengleichheit angezeigt.

Der Tatbestand Nr.4 wurde mit der Novelle von 1973 eingeführt, und knüpft offenbar an frühere Gesetzesentwürfe sowie Novellierungsvorschläge an.

§ 19 Abs.8 des Regierungsentwurfs von 1952³ bezeichnete z.B. schon jedes Rechtsgeschäft als Zusammenschluss, durch das Mitglieder der Geschäftsführung eines Unternehmens Mitglieder der Geschäftsführung eines anderen Unternehmens wurden.

Auch der SPD-Entwurf vom Juni 1964⁴ und der Referentenentwurf vom März 1970⁵ enthielten ähnliche Vorschriften. Spätere Entwürfe, der Referentenentwurf vom Oktober 1970 und der Regierungsentwurf von 1971 beschränkten den Wirkungsbereich des Tatbestandes, und setzten, wie die

1 Quelle: siehe Lutter, Gutachten H zum 48.Deutschen Juristentag, S. H 149

2 Vgl.z.B. den Fall Haindl-Holtzmann, BKartA 4.2.1974, WuW/E 1475 ff.

3 BT-Drucks. I/3462

4 BT-Drucks. IV/2337, § 23 Abs.2 Nr.9

5 in § 23 Abs.2 Nr.7

jetzt geltende Fassung, die Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder der in den Vorschriften genannten Organe voraus.

Andererseits wurde, im Gegensatz zu den früheren Entwürfen, die Anwendung des Tatbestandes nicht mehr beschränkt auf "Rechtsgeschäfte" oder "Verträge", wie im Referentenentwurf vom März 1970, sondern es genügte faktische Personengleichheit.

Auch der heutige Tatbestand erfasst ausdrücklich die faktische Personengleichheit. Dagegen muss Personengleichheit in Leitungsgremien, welche aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung gesichert ist, als Tatbestand einer Konzernbildung bezeichnet werden. Solche Verträge werden also schon vom Tatbestand Nr. 3 erfasst¹.

Für die Anwendung des Tatbestandes ist es unerheblich, in wie weit der Einfluss aufgrund der Personengleichheit tatsächlich reicht, und ob der Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen tatsächlich eingeschränkt wird. Nicht entscheidend ist z.B., wie aktiv das einzelne Organmitglied seine Aufgaben wahrnimmt. Auch Personen, die wegen Alter, Krankheit oder fernem Wohnsitz ihre Funktion nur teilweise oder gar nicht erfüllen können, sind mitzuzählen².

Ebensowenig ausschlaggebend ist die Weise, auf die Personengleichheit herbeigeführt wird. Obwohl dies in der Praxis wohl kaum möglich sein dürfte, könnte es sich ergeben, dass die Personengleichheit auf bloßem Zufall beruht³. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn zwei Mitglieder des aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrats der A-Gesellschaft von den Gesellschaftern einer B-Gesellschaft zu Geschäftsführern ernannt werden. Auch hier würde ein Zusammenschluss gem. der Nr. 4 vorliegen.

1 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 68; Langen, Kommentar, § 23, Tz 22

2 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 115

3 A.A. Der Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 71

Denn, wie es sich aus der ratio der Tatbestände ergibt, genügt es für ihre Verwirklichung, wenn eine Beherrschungsmöglichkeit grundsätzlich vorhanden ist. Eine solche Möglichkeit liegt hier nach dem Gesetz vor, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder der genannten Organe der beteiligten Unternehmen personengleich ist.

Im Rahmen der eingreifenden Kontrolle gem. § 24 wäre dann ggf. zu untersuchen, in wie weit eine vorliegende Personengleichheit in Leitungsgremien tatsächlich zur Beherrschung führt und somit eine Änderung der Marktstruktur zur Folge haben wird¹.

B. Massgebend für den Tatbestand der Personengleichheit ist die Besetzung des Aufsichtsrats, des Vorstands oder jedes sonstigen zur Geschäftsführung berufenen Organs. Trotz der Zweideutigkeit des Gesetzes muss m.E. diese Passage so verstanden werden, dass das Gesetz unterscheidet zwischen Aufsichtsrat und Geschäftsführungsorganen. Als Beispiel des letzteren nennt dann das Gesetz den Vorstand².

Einige Autoren interpretieren die betreffende Satzwendung dahingehend, dass sowohl der Aufsichtsrat als auch der Vorstand beispielhaft als Geschäftsführungsorgane genannt werden³.

Dies kann aber nicht recht überzeugen, weil der Aufsichtsrat weder bei den Unternehmen, die kraft Rechtsform ein solches Organ haben⁴, noch bei den Unternehmen, für die er aufgrund anderer Merkmale gesetzlich vorgeschrieben ist⁵, in der Regel zur Geschäftsführung berufen ist⁶.

1 Vgl. Huber, Das Entstehen oder Verstärken, WuW 1975, S. 371 ff., 374

2 Zutreffend Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn.116

3 So Witzel, Ausgestaltung, S. 28; Langen, Kommentar, § 23, Tz 22 und offenbar auch der Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 69

4 Wie AG, KGaA, Genossenschaft

5 Vgl. § 1 Mitbestimmungsgesetz und § 1 Betriebsverfassungsgesetz

6 Vgl. dazu z.B. Fitting/Wlotzke/Wissmann, Kommentar zum MitbestG, § 30, Anm. 10 ff.

Festzuhalten ist also, dass das Gesetz die massgebenden Organe in zwei Kategorien aufteilt: die Aufsichtsräte und die geschäftsführenden Organe.

Daraus geht einmal hervor, dass die Besetzung anderer als der Aufsichtsrat zur Überwachung der Geschäftsführung berufenen Organe, wie Beiräte oder Gesellschafterausschüsse, für den Tatbestand irrelevant ist¹.

Zum anderen ist die Nr. 4 anwendbar auf alle gesetzlich zur Geschäftsführung berufenen Organe. Das ist z.B. bei AG, Genossenschaft und Verein der Vorstand, bei GmbH der Geschäftsführer. Bei OHG, KG und BGB-Gesellschaften sind es die zur Geschäftsführung berufenen Personen.

C. Voraussetzung für die Verwirklichung des Tatbestandes Nr. 4 ist, dass mindestens die Hälfte der Mitglieder der genannten Organe personengleich ist. Das bedeutet, dass bei je einem Organ eines jeden unmittelbar beteiligten Unternehmen mindestens die Hälfte der Mitglieder personengleich ist².

Es reicht z.B. nicht aus, wenn drei Mitglieder des aus 12 Personen bestehenden Aufsichtsrats von Unternehmen A in den sechsköpfigen Aufsichtsrat von B berufen werden³.

Damit ist es übrigens auch unwahrscheinlich, dass ein -unbeabsichtigter- Zusammenschluss allein dadurch entstehen würde, dass Gewerkschaften die gleichen führenden Vertreter als Arbeitnehmervertreter i.S. des Mitbestimmungsgesetzes in mehrere Grossunternehmen entsenden.

1 Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 23; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 117

2 So Bechtold, Marktbeherrschung, DB 1974, S. 1945 ff., S. 1949

3 a.A. offenbar das BKartA, unter Berufung auf Sinn und Zweck der Bestimmung, vgl. BKartA, 4.2.1974, Haindl-Holtzmann, WuW/E S. 1475 ff., insoweit nicht abgedruckt

6. Kapitel.

Die sonstigen Unternehmensverbindungen (Tatbestand Nr.5)

A. Der Tatbestand Nr. 5 bezeichnet "jede sonstige Verbindung von Unternehmen, aufgrund deren ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben können" als Zusammenschluss von Unternehmen.

Aus dem Sinnzusammenhang des Gesetzestextes geht hervor, dass hier der Ausdruck "Verbindung von Unternehmen" synonym ist mit "Zusammenschluss von Unternehmen" und somit als Vorgang¹ oder genauer ausgedrückt als "die Herbeiführung oder Änderung einer Unternehmensverbindung"² verstanden werden soll.

Charakteristikum des Tatbestandes ist das in dem Nebensatz formulierte Erfordernis einer Beherrschungsmöglichkeit. Der Wortlaut dieses Nebensatzes und die Begründung zum Regierungsentwurf 1971³ legen es nahe, für die Auslegung der dort genannten Begriffe die im Aktienrecht in Zusammenhang mit dem Abhängigkeitsbegriff des § 17 AktG entwickelten Grundsätze heranzuziehen⁴.

In Anlehnung an diese Grundsätze liegt ein beherrschender Einfluss eines Unternehmens auf ein anderes dann vor, wenn ein Unternehmen aufgrund des eigenen Machteinflusses ein anderes Unternehmen mit Sicherheit und generell veranlassen kann, sich im Rahmen des Gesetzes seinem Willen zu fügen.

1 So Rittner, Die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise, S. 44

2 Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 132; siehe auch oben S. 68 ff.

3 BT-Drucks. VI/2520, S.26: "Abs. 2 wurde unter Berücksichtigung der konzernrechtlichen Bestimmungen des neuen Aktiengesetzes gestaltet ..."

4 Siehe dazu ausführlich oben S. 72 ff.

Dabei ist es nicht notwendig, dass der beherrschende Einfluss tatsächlich ausgeübt wird. Es genügt, wenn die Möglichkeit dazu vorhanden ist.

Bei der Prüfung des Merkmals "beherrschender Einfluss" sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen¹. Ein Unternehmen kann z.B. aufgrund von Rechten oder Verträgen beherrscht werden, die einzeln oder zusammen, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die Möglichkeit gewähren, die Tätigkeit eines Unternehmens zu bestimmen².

B. Der Auffangtatbestand ist während des Gesetzgebungsverfahrens zur zweiten GWB-Novelle zustande gekommen und ist inhaltlich im wesentlichen zurückzuführen auf § 23 Abs.2 Nr.5 des Referentenentwurfs vom Oktober 1970³. Die im Verhältnis zum Referentenentwurf nur unwesentlich geänderte Fassung⁴ der Nr. 5 im Regierungsentwurf 1971 wurde vom Wirtschaftsausschuss des Bundestages dahingehend ergänzt, dass auch die Begründung einer Beherrschungsmöglichkeit durch mehrere untereinander koordinierte Unternehmen erfasst wurde⁵.

Als Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens unterscheidet sich die Nr.5 in ihrer Formulierung wesentlich von den ersten vier Tatbeständen.

Wie aus der Prüfung der anderen Tatbestände in dieser Arbeit hervorgeht, hat der Gesetzgeber bei ihrer Fassung nach Klarheit und Deutlichkeit gestrebt, wenn auch mit wechselndem Erfolg.

1 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf Aktiengesetz 1962 BT-Drucks. IV/171, zu § 16, S. 99 f.

2 So Art 2 Abs.2 des EWG-Zusammenschlusskontrollentwurfs v. 20.7.1973 (ABl. C 92/1 ff. vom 31.10.1973), abgedruckt bei Kleinmann/Bechtold, Kommentar, S. 473 ff.

3 "Als Zusammenschluss von Unternehmen gilt jede sonstige Massnahme, durch die ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen erlangt."

4 "Verbindung von Unternehmen" statt "Massnahme"

5 Bericht des Wirtschaftsausschusses v.12.6.1973, BT-Druc s. 7/765, S. 7

Kennzeichnend für diese Tatbestände ist, dass sie an konkrete privatrechtliche Gestaltungsformen anknüpfen wie Vermögenserwerb, Anteilserwerb und Verträge¹. Solch eine klare Formulierung hat zwar den Vorteil, dass sie in der Tat Deutlichkeit bringt. Zum anderen ist sie gerade wegen dieser Deutlichkeit und Klarheit ziemlich rigide und scheint nicht gerade zugeschnitten auf den dynamischen Prozess der wirtschaftlichen Konzentration. Eben deswegen hat der Gesetzgeber den fünften Tatbestand hinzugefügt, der mit seiner mehr an die ökonomischen Wirklichkeit anknüpfenden funktionalen Fassung, deutlich macht, worum es bei den Tatbeständen eigentlich geht: die Erfassung aller Konzentrationsvorgänge, welche eine qualifizierte Einflussnahme ermöglichen².

Denn solche Vorgänge können, weil durch sie die Zahl der selbständig planenden und handelnden Unternehmens-einheiten verringert wird, die Voraussetzungen wirk-samen Wettbewerbs auf einem Markt beeinträchtigen³.

Konkrete Aufgabe des Tatbestandes Nr.5 ist dabei die Erfassung solcher Konzentrationsvorgänge, die eine Beherr-schung ermöglichen, aber trotzdem nicht unter die in den Nrn. 1 bis 4 aufgezählten Zusammenschlusstatbestände fallen⁴.

C. Oben wurden schon einige Beispiele einer eventuellen Anwendung der Nr. 5 dargelegt.

1 Rittner, Tatbestände, S. 581 ff., 582

2 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, aaO, S. 27; oben S. 68 ff.

3 Siehe oben S. 70

4 So etwa Röhling, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff. S. 1587; Langen, Kommentar, § 23, Tz 24; Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 128

Der Auffangtatbestand wäre z.B. anwendbar, wenn in einer Personengesellschaft (OHG) ein persönlich haftender Gesellschafter, dem weder eine Kapitaleinlage, noch Stimmrecht zustehen, z.B. aufgrund seiner Geschäftsführungsbefugnis einen beherrschenden Einfluss ausüben kann¹.

Auch eine Kapitalherabsetzung, welche zu einer so starken Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse führt, dass die Gesellschaft unter den beherrschenden Einfluss eines oder mehrerer Unternehmen gerät, wird von der Nr. 5 erfasst².

Auch Anteilserwerb unterhalb der in Nr.2 genannten relevanten Stufen kann über den Auffangtatbestand unter die Konzentrationskontrolle fallen, wenn der Erwerber wirtschaftlich oder rechtlich mit einer höheren Beteiligung gleichgestellt werden kann³.

Die Nr.5 ist ebenfalls anwendbar, wenn mehrere Unternehmen weniger als 25 % Anteile an einem dritten Unternehmen erwerben. In einem solchen Fall liegt kein Gemeinschaftsunternehmen vor, da dies einen Anteilserwerb durch mehrere Unternehmen von zumindest 25 % voraussetzt.

Voraussetzung für die Anwendung der Nr.5 ist dabei, dass die erwerbenden Unternehmen im Stande sind, aufgrund rechtlicher oder tatsächlicher Verbindungen eine gemeinsame Beherrschung über das dritte Unternehmen auszuüben⁴.

Als weitere Beispiele der Anwendung des Tatbestandes Nr. 5 werden in der Literatur genannt:

1 Siehe oben S. 144, Fn. 1

2 Siehe oben S. 145 f.

3 Siehe oben S. 154

4 Siehe oben S. 163

- sehr umfassende Lieferverträge¹, wobei die Abhängigkeit eines Unternehmens im Bereich seines Bedarfs oder seines Absatzes liegen kann².
- Darlehensverträge, wenn sie gemessen an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Darlehensnehmers einen aussergewöhnlichen Umfang haben³.
Ein Anzeichen für die Abhängigkeit eines Darlehensnehmers könnte z.B. darin liegen, dass die Kündigung des Darlehens das Ende der wirtschaftlichen Existenz des Darlehensnehmers bedeutet⁴.

Die hier gegebene Aufzählung darf keineswegs als abschliessend betrachtet werden.

Es entspricht dem generalklauselartigen Charakter des Auffangtatbestandes, dass auch Umgehungsfälle, an die man noch gar nicht gedacht hat, über ihn unter die Konzentrationskontrolle gebracht werden können.

1 Vgl. Röhling, Fusionskontrolle, DB 1973, S. 1585 ff., S. 1587; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 74; zum aktienrechtlichen Konzernrecht siehe Biedenkopf/Koppensteiner, in: Kölner Kommentar, § 17 AktG, Anm.17

2 Beispielhaft: Art.2 Nr.5 des EWG-Zusammenschlusskontrollentwurfs, aaO, abgedruckt bei Kleinmann/Bechtold, Kommentar, S. 473 ff., S. 476: "Verträge mit einem Unternehmen über die Gesamtheit oder einen erheblichen Teil seines Bedarfs oder Absatzes, wenn diese Verträge nach Menge oder Laufzeit das Mass der handelsüblichen Beschaffungs- oder Absatzverträge überschreiten"

3 Röhling, Fusionskontrolle, aaO, S. 1587; Frankfurter Kommentar, § 23, Tz 74

4 So Kleinmann/Bechtold, Kommentar, § 23, Rdn. 139

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE.

§ 23 Abs.2 bestimmt die Zusammenschlusstatbestände für die ganze Konzentrationskontrolle.

Das Vorliegen eines Zusammenschlusses bildet nämlich die Grundlage für das Entstehen der Anzeigepflicht gem. § 23, der Anmeldepflicht gem. § 24 a, für das Eingreifen der Kartellbehörden und ausserdem für das Eintreten eventueller Folgen wie Ordnungswidrigkeiten, Publizität und Zwangs- und Entflechtungsmassnahmen.

Diese fundamentale Bedeutung der Tatbestände wird dadurch gerechtfertigt, dass sie solche Vorgänge als Zusammenschluss definieren, welche grundsätzlich geeignet sind, entweder ein Unternehmen als selbständige Einheit verschwinden zu lassen, oder seine Selbständigkeit durch Einflussnahme zu beeinträchtigen.

Im Ergebnis ändern diese Vorgänge die Marktstruktur, indem sie die Zahl der unabhängig entscheidenden und planenden Unternehmen verringern, und bedeuten somit eine potentielle Gefahr für den freien Wettbewerb.

Zweck der Zusammenschlusstatbestände ist die "lückenlose" Erfassung dieser potentiell wettbewerbsschädigenden Konzentrationsvorgänge, welche sodann der Kontrolle der Kartellbehörden unterliegen.

Das Streben des Gesetzgebers nach einer lückenlosen Erfassung der Tatbestände hat einerseits dazu geführt, dass die Tatbestände in ihrer Formulierung unter einer gewissen Überperfektioniertheit und Starrheit leiden. Dieser Nachteil wird jedoch zum Teil wieder aufgehoben durch die mehr funktionale, generalklauselartige Fassung des Auffangtatbestandes Nr. 5.

Zum anderen bringt aber die klare und deutliche Formulierung der Tatbestände eine begrüssenswerte Rechtssicherheit, die den grossen privat- und gesamtwirtschaftlichen Interessen, welche bei der Konzentrationskontrolle in der Regel auf dem Spiel stehen, entspricht.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ADLER/DÜRIG/SCHMALTZ Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 4.Aufl., bearbeitet von Kurt Schmaltz, Reinhard Goerdeler, Karl-Heinz Forster und Hans Havermann, Bd.1, Stuttgart 1968
- AULINGER, Leonhard Die a-typische stille Gesellschaft, Düsseldorf 1955
- AUSLEGUNGSFRAGEN zur Zweiten GWB-Novelle, Referate eines FIW-Seminars, Köln u.a., 1974
- BÄLZ, Ullrich Einheit und Vielheit im Konzern, in: Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S.287 ff.
- BALLERSTEDT, Kurt Kartellverbot und Einzelvertrag, in: JZ 1956, S. 267 ff.
- BARZ, Carl H. Das 50:50 Gemeinschaftsunternehmen und das Konzernrecht, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Heinz Kaufmann, Köln 1972, S. 59 ff.
- BAUR, Jürgen F. Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972
- BAUMBACH/HUECK Aktiengesetz, Kurzkommentar, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Alfred Hueck und Götz Hueck unter Mitwirkung von Joachim Schulze, 13. Aufl., München 1968
- BECHSTEIN, Eberhard Die "Unwirksamkeit" verbotswidriger Zusammenschlüsse, in: BB 1977, S.224 ff.
- BECHTOLD, Rainer Marktbeherrschung, Preiskontrolle, Fusionskontrolle, in: DB 1974, S.1945 ff.
- BECHTOLD, Rainer Die Anwendbarkeit des § 1 GWB auf Zusammenschlüsse des § 23 Abs.2 Nr.1-4 GWB, in: WuW 1977, S. 460 ff.
- BENISCH, Werner Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, in: WuW 1961, S.764 ff.
- BENISCH, Werner Die Kompetenzverteilung bei einer Konzentrationskontrolle, in: WuW 1970, S. 717 ff.

- BENISCH, Werner Das Gemeinschaftsunternehmen in der Zweiten Kartellgesetznovelle, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Heinz Kaufmann, Köln 1972, S. 73 ff.
- BENISCH, Werner Kooperationsfibel des Bundesministers für Wirtschaft, Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen und Vertragsbeispielen, 3. Aufl., Bergisch-Gladbach 1969
- BENISCH, Werner Stand der Kooperationspraxis, in: Schwerpunkte 1973/1974, FIW-Schriftenreihe Heft 71, Köln u.a. 1975, S.1 ff.
- BERNINI, Giorgio,
JAEGER, Jean,
MATTHIES, Heinrich Kartellverbot und Fusionskontrolle, Frankfurt 1972
- BOCK, Heinrich K.,
KORSCH, Hans Kartellauflösung und Konzentrationsentflechtung in der westdeutschen Wirtschaft seit 1945, in: WuW 1957, S. 411 ff.
- BÖHM, Franz Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933
- BÖHM, Franz Kartellauflösung und Konzernentflechtung, Spezialistenaufgabe oder Schicksalsfrage?, in: SJZ 1947, Sp. 495 ff.
- BRUNN, Johann Heinrich v. Die heutige Lage des deutschen Kartellrechts, München u.a., 1949
- BRUNN, Johann Heinrich v. Gedanken und Vorschläge für ein besseres Wettbewerbsgesetz, in: WuW 1972, S. 145 ff.
- BUND, Elmar Untersuchungen zur Methode Julians, Köln, 1965
- BUNDESKARTELLAMT Presseinformation (jeweils zitiert mit Datum und Fundstelle)
- BUNDESKARTELLAMT Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren:
1973, BT-Drucks. 7/225o
1974, BT-Drucks. 7/3791
1975, BT-Drucks. 7/539o
1976, BT-Drucks. 8/7o4
1977, BT-Drucks. 8/1925

- CAEMMERER v., Ernst Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht, in: Gesammelte Schriften, Bd. II, Tübingen 1968, S. 68 ff.
- CLARK, John M. Competition as a Dynamic Process, Washington D.C., 1961
- DERINGER, Arved
HERRMANN, Hans-Jürgen Konzernmässige Zusammenschlüsse und das Kartellverbot des § 1 GWB, in: BB 1966, S. 1157
- DÖRINKEL, Wolfram Zur Anwendung der Fusionskontrolle ab Juni 1973, in: BB 1973, S. 1285 ff.
- DÖRINKEL, Wolfram Zur kartellpolitischen Lage in der Bundesrepublik, in: WuW 1966, S. 933 ff.
- EBEL, Hans-Rudolf Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
1. Teil in: NJW 1973, S. 1577 ff.
2. Teil in: NJW 1973, S. 1665 ff.
- EBEL, Hans-Rudolf Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle, in: BB 1974, S. 749 ff.
- EBEL, Hans-Rudolf Fusionskontrolle und Presseunternehmen, in: BB 1975, S. 145 ff.
- EBEL, Hans-Rudolf Kartellrechtliche Entscheidungspraxis 1974, in: BB 1975, S. 1133 ff.
- EBEL, Hans-Rudolf Beteiligte Unternehmen und wesentlicher Vermögensteil bei Zusammenschlüssen nach § 23 Abs.2 Nr.1 GWB, in: BB 1976, S. 761 ff.
- EMMERICH, Volker Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., München 1975
- EMMERICH, Volker Fusionskontrolle und überragende Markstellung unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmenskonzentration bei der öffentlichen Hand, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 119 ff.
- EMMERICH, Volker Die öffentliche Unternehmung im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, in: AG 1976, S. 225 ff.
- EMMERICH, Volker
SONNENSCHNIG, Jürgen Konzernrecht, 2. Aufl., 1977

- ENNECCERUS, Ludwig
NIPPERDEY, Hans Carl
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts. Ein Lehrbuch, 15. Aufl., Tü-
bingen, 1959
- EUCKEN, Walter
Die Grundlagen der Nationalökonomie,
6. Aufl., Berlin u.a., 1950
- EUCKEN, Walter
Grundsätze der Wirtschaftspolitik,
2. Aufl., Tübingen u.a., 1955
- FATSCHECK, Jochen
Die Berücksichtigung ausserwettbewerb-
licher Gesichtspunkte bei der Anwen-
dung der Zusammenschlusskontrolle,
Diss. Freiburg 1976
- FIKENTSCHER, Wolfgang
Wettbewerb und gewerblicher Rechts-
schutz, München 1958
- FITTING, Karl
WLOTZKE, Otfried
WISSMANN, Hellmut
Mitbestimmungsgesetz, Kommentar,
München 1976
- FRANKFURTER KOMMENTAR
Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen, herausgegeben von
Heinz Kaufmann u.a., Köln. Loseblatt-
ausgabe, zitiert nach Stand, Lfg. 18,
Sept. 1975
- FRANKFURTER PUBLIZITÄTS-
GESPRÄCH
Frankfurt/M. 1962
- GANSWEID, Wolfgang
Gemeinsame Tochtergesellschaften in
deutschen Konzern- und Wettbewerbs-
recht, Baden-Baden, 1976
- GEMEINSCHAFTSKOMMENTAR
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
und Europäisches Kartellrecht, Gemein-
schaftskommentar, herausgegeben von
Hans Müller-Henneberg und Gustav
Schwarz,
1. Aufl., Köln u.a., 1958
2. Aufl., Köln u.a., 1963
3. Aufl., Köln u.a., Lieferungen ab
1973
Zitiertweise: Bearbeiter, in Gemein-
schaftskommentar, ... Auflage
- GESSLER, Ernst
HEFERMEHL, Wolfgang
ECKHARDT, Ulrich
KROPFF, Bruno
Aktiengesetz, Kommentar, München 1973
ff., zitiert: Bearbeiter, in: Geßler/
Hefermehl/Eckhardt/Kropff
- GESSLER, Ernst
Das neue Konzernrecht, DB 1965,
1. Teil S. 1691 ff.
2. Teil S. 1729 ff.

- GIERSCH, Herbert Allgemeine Wirtschaftspolitik, Erster Band: Grundlagen, Wiesbaden 1961
- GLEISS, Alfred
BECHTOLD, Rainer Das neue deutsche Kartellgesetz, in: BB 1973, S. 1142 ff.
- GODIN v.
WILHELMI, Hans Aktiengesetz vom 6. September 1965, 4. Aufl., neu bearbeitet von Sylvester Wilhelmi, Berlin u.a., 1973
- GOLDMANN, Ludwig Zur Auslegung des § 23 GWB, WuW 1963, S. 379 ff.
- GREUNER, Hansgeorg Zu den Begriffen "wesentlicher Teil" und "beteiligtes Unternehmen" bei der Fusionskontrolle (§ 23 GWB), GRUR 1976, S. 284 ff.
- GROSSKOMMENTAR Aktiengesetz, Grosskommentar, 3. Aufl., Berlin, New York 1970
Zitierweise: Bearbeiter, in: Grosskommentar
- GÜNTHER, Eberhard Das neue Wettbewerbsrecht und die Havana-Charta, in: BB 1949, S. 713 ff.
- GÜNTHER, Eberhard Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: WuW 1952, S. 53 ff.
- GÜNTHER, Eberhard Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: WuW 1952, S. 281 f.
- GÜNTHER, Eberhard Probleme der Fusionskontrolle, Köln u.a., 1970
- GÜNTHER, Eberhard Die geistigen Grundlagen des sog. Josten-Entwurfs, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 183 ff.
- GUTZLER, Helmut Anwendung von Verwaltungszwang durch die Kartellbehörden, in: NJW 1973, S. 521 ff.
- HASE, Hans Das Recht der stillen Gesellschafter nach dem HGB vom 10. Mai 1897, Diss. Heidelberg 1910
- HECK, Philipp Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen, 1914
- HEFERMEHL, Wolfgang Unternehmenszusammenschlüsse in kartellrechtlicher Sicht, in: GRUR 1966, S. 651 ff.

- HEUSINGER, Bruno Rechtsfindung und Rechtsfortbildung
im Spiegel richterlicher Erfahrung,
Köln u.a., 1975
- HIRSCH, Hans Systemfehler im Konzept der Fusions-
kontrolle, in: WuW 1971, S. 461 ff.
- HOPPMANN, Erich Workable Competition als wettbewerbs-
politisches Konzept, in: Theoretische
und institutionelle Grundlagen der
Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels
zum 65. Geburtstag, Berlin 1957, S.
145 ff.
- HOPPMANN, Erich Zum Problem einer wirtschaftspolitisch
praktikablen Definition des Wettbewerbs,
in: Grundlagen der Wirtschaftspolitik,
herausgegeben von Hans K.Schneider,
Schriften des Vereins für Socialpoli-
tik N.F., Bd.48, Berlin 1968, S. 9 ff.
- HOPPMANN; Erich Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbe-
werb als Aufgabe, Wirtschaftsrecht und
Wirtschaftspolitik, Bd.7, Bad Homburg
v.d.H. u.a., 1968, S. 61 ff.
- HUBER, Gerhard Das Entstehen oder Verstärken einer
marktbeherrschenden Stellung durch
einen Zusammenschluss insbesondere
durch Bildung eines Gemeinschaftsun-
ternehmens, in: WuW 1975, S. 371 ff.
- HUECK, Alfred Gesellschaftsrecht. Ein Studienbuch.
17. Aufl., bearbeitet von Götz Hueck,
München 1975
- ISAY, Rudolf Die Geschichte der Kartellgesetzgebung,
Berlin 1955
- JACOBS, Heiner Die Bedeutung der Unternehmenssubstanz
und die Bedeutung der anderwertigen Ka-
pitalanlage- und Kapitalaufnahmemöglich-
keiten für den Wert eines Unternehmens,
Annales Universitatis Saraviensis,
Bd. 66, Köln u.a., 1972
- JANSEN, Paul FGG, 2. Bd., 2. Aufl., Berlin 1970
- JENS, Uwe Probleme einer Entflechtung im deutschen
Wettbewerbsrecht, in: WuW 1978, S.264 ff.
- JESCHECK, Hans-Heinrich Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht,
in: JZ 1959, S. 456 ff.
- JESSEN, Uwe Zusammenschlüsse nach § 23 GWB, in:
NJW 1962, S. 182 ff.
- JOHAG, Herbert Gemeinschaftsunternehmen und nationale
Fusionskontrolle, Diss. Köln 1974

- KAISER, Joseph H. Fusionskontrolle oder Fusionsverbot, in: WuW 1978, S. 344 ff.
- KANTZENBACH, Erhard Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2.Aufl., Göttingen 1967
- KARDARAS, Athanasios Das Wettbewerbsverbot in den Personalgemeinschaften, München u.a., 1967
- KAREHNKE, Helmut Zum Stand der Erörterungen über den Unternehmensbegriff, in: AG 1972, S. 161 ff.
- KARTTE, Wolfgang Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln u.a., 1969
- KARTTE, Wolfgang Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen, in: WuW 1963, S. 565 ff.
- KARTTE, Wolfgang Fusionskontrolle, in: BB 1969, S. 1405 ff
- KARTTE, Wolfgang Fusionskontrolle in der Marktwirtschaft, in: Raisch, Peter/Sölter, Arno/Karrte, Wolfgang, Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart u.a., 1970, S. 87 ff.
- KAUFMANN, Arthur Analogie und "Natur der Sache", Karlsruhe, 1965
- KEIDEL, Theodor Freiwillige Gerichtsbarkeit, 10.Aufl., WINKLER, Karl München 1972
- KERN, Peter Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion, 1955, Berlin u.a.
- KIRSCHSTEIN, Friedrich Marktmacht und ihre Kontrolle, München 1974
- KLAUE, Siegfried (zitiert: Klaue u.a.), Zur Problematik der Fusionskontrolle, Arbeitsunterlage für die Sitzung des Arbeitskreises Kartellrecht am 7. und 8.10.1970, REINIGER, Klaus Frankfurt/M. 1971
- KLEIM, Hans Helmut Gemeinschaftsunternehmen und Fusionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u.a., 1966
- KLEINMANN, Werner Anzeigepflicht bei Fusion, in: BB 1975, S. 243 ff.
- KLEINMANN, Werner Erwerb einer Unternehmensbeteiligung von weniger als 25 % ein Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrolle? in: BB 1977, S. 1079 ff.

- KLEINMANN, Werner
BECHTOLD, Rainer Kommentar zur Fusionskontrolle,
Heidelberg 1977, Zitierweise: Klein-
mann/Bechtold, Kommentar
- KNÖPFLE, Robert Gesamtwirtschaftliche Vorteile eines
Zusammenschlusses und überragendes
Interesse der Allgemeinheit als Zulas-
sungskriterien, in: WuW 1974, S. 5 ff.
- KOENIGS, Folkmar Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen
Wettbewerbsgeschränkungen und Recht
des unlauteren Wettbewerbs, in: NJW
1961, S. 1041 ff.
- KÖLNER KOMMENTAR zum Aktiengesetz, herausgegeben von
Wolfgang Zöllner, Köln u.a., 1970 ff.,
zitiert: Bearbeiter, in: Kölner Kommentar
- KOMMENTAR zum Einkommenssteuergesetz, herausge-
geben von Conrad Böttcher u.a., Wies-
baden 1976, zitiert: Bearbeiter, in: Kom-
mentar zum EStG
- KROITZSCH, Hermann Der Erwerb eines wesentlichen Vermö-
gensteils im Sinne des § 23 Abs.2 Nr.1
GWB, in: WuW 1977, S. 235 ff.
- KROPFF, Bruno Aktiengesetz. Textausgabe des Aktien-
gesetzes vom 6. September 1965 (BGBl.
I, S. 1089) und des Einführungsgesetzes
zum Aktiengesetz vom 6. Mai 1965 (BGBl.
I, S. 1185) mit Begründung des Regie-
rungsentwurfs, Bericht des Rechtsaus-
schusses des Deutschen Bundestags.
Zusammengestellt von Dr. Bruno Kropff,
Düsseldorf 1965
- KROPFF, Bruno Das Konzernrecht des Aktiengesetzes
1965, in: BB 1965, S. 1281
- KUNZE, Otto Publizität nach Mass, in: ZHR 134
(1970), S. 193 ff.
- LANGHE, Heinrich
KÖHLER, Helmut BGB, Allgemeiner Teil, Studienbuch,
16. Aufl., München 1977
- LANGEN, Eugen
NIEDERLEITHINGER, Ernst
SCHMIDT, Ulrich Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Aufl.,
Neuwied u.a., 1977, zitiert: Langen,
Kommentar
- LANZENBERGER, Fritz Fusionskontrolle durch das Bundeskar-
tellamt, in: Auslegungsgfragen zur
zweiten GWB-Novelle, S. 75 (siehe: AUSLEGUNGS-
FRAGEN)

- LANZENBERGER, Fritz Rechtsfragen der Fusionskontrolle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1973/1974, S. 29 ff. (siehe SCHWERPUNKTE)
- LANZENBERGER, Fritz Praxis der Fusionskontrolle 1975/1976, in: Schwerpunkte 1975/1976, S. 53 ff. (siehe: SCHWERPUNKTE)
- LARENZ, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1969
3. Aufl., 1975
- LARENZ, Karl Über das Verhältnis von Interpretation und richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Karl Olivecrona, Stockholm 1964, S. 384 ff.
- LEHNICH, Oswald Kartelle und Staat - unter Berücksichtigung der Gesetzgebung des In- und Auslandes, Berlin 1928
- LENEL, Hans Otto Zum Teerfarbenurteil und zur sogenannten Fusionskontrolle, in: ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 23. Band, 1972, S. 307 ff.
- LIVER, Peter Der Wille des Gesetzes, Rektoratsrede, Bern 1954 (= Berner Rektoratsreden)
- LUCHTERHAND, Hans-
Friedrich Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, Stuttgart 1971
- LUTTER, Marcus Konzerninterne Veränderungen und Anzeigepflicht aus § 23 GWB, in: NJW 1974, S. 1270 ff.
- LUTTER, Marcus Mitbestimmung im Konzern, Köln u.a., 1975
- LUTTER, Marcus Empfehlen sich für die Zusammenfassung europäischer Unternehmen neben oder statt der europäischen Handelsgesellschaft und der internationalen Fusion weitere Möglichkeiten der Gestaltung auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts? Gutachten H zum 48. Deutschen Juristentag (1970), München 1970
- LUTTER, Marcus
TIMM, Wolfram Sanierungsfusion und Heilung verbotswidrig vollzogener Zusammenschlüsse, in: BB 1976, S. 1617 ff.
- MARTENS, Klaus-Peter Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluss, in: ZHR 138 (1974), S. 179 ff.

- MARKERT, Kurt Modernes Kartellgesetz, aber wie?,
in: ZHR 134 (1970), S. 208 ff.
- MATTHIES, Heinrich Das Recht der Kartelle und Zusammen-
schlüsse in der Montanunion, Heule
(Belgien) 1964
- MENNICKEN, Axel Das Ziel der Gesetzesauslegung, Eine
Untersuchung zur subjektiven und ob-
jektiven Auslegungstheorie (=Studien
zur Theorie und Methodologie des
Rechts, 4) Bad Homburg v.d.H., 1970
- MESTMÄCKER, Ernst-
Joachim Über die normative Kraft privatrecht-
licher Vorgänge, in: JZ 1964, S.441 ff.
- MESTMÄCKER, Ernst-
Joachim Zur Systematik des Rechts der verbunde-
nen Unternehmen im neuen Aktiengesetz,
Das Unternehmen in der Rechtsordnung,
Festgabe für Heinrich Kronstein zum
70. Geburtstag, Karlsruhe, 1967,
S. 129 ff.
- MIEGEL, Meinhard A. Der Unternehmensbegriff im Recht der
verbundenen Unternehmen, in: AG 1973,
S. 122 ff.
- MIKSCH, Leonhard Wettbewerb als Aufgabe, Grundsätze
einer Wettbewerbsordnung, 2. Aufl.,
Bad Godesberg 1947
- MONOPOLKOMMISSION Hauptgutachten 1973/1975, "Mehr Wett-
bewerb ist möglich", Baden-Baden 1976
- MONOPOLKOMMISSION Sondergutachten 2, Wettbewerbsliche
und strukturelle Aspekte einer Zu-
sammenfassung von Unternehmen im Ener-
giebereich (VEBA/Gelsenberg), Baden-
Baden 1975
- MONOPOLKOMMISSION Sondergutachten 3, Zusammenschlussvor-
haben der Kaiser Aluminium & Chemical
Corporation, der PREUSSAG AG und der
Vereinigten Industrie-Unternehmungen
AG, Baden-Baden 1975
- MONOPOLKOMMISSION Sondergutachten 4/6, Zusammenschluss
der Deutsche Babcock AG mit der Artos-
Gruppe; Zur Entwicklung der Fusions-
kontrolle; Zusammenschluss der Thyssen-
Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH
- MÜLLER, Heinz
GRIES, Gerhard Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbs-
beschränkungen (Kartellgesetz), Frank-
furt/M 1958, zitiert: Müller/Gries,
Kommentar

- NIEDERLEITHINGER, Ernst Praxis der Marktbeherrschung und Fusionskontrolle im Zeitraum 1974/75, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1974/75, S. 73 ff. (siehe: SCHWERPUNKTE)
- OVERLACK, Arndt Zivilrechtliche Probleme der Fusionskontrolle, in: BB 1974, S. 1228 ff.
- PAULER, Hans-Joachim Das Ringen um die westdeutsche Kartellpolitik, Diss. Wien 1957
- PURRUCKER, Stefan Probleme der Durchführung der Fusionskontrolle nach dem 2. Gesetz zur Änderung des GWB bei vollzogenen Unternehmenszusammenschlüssen in rechtsvergleichender Sicht. Die Entflechtung als Massnahme gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Kiel 1974
- RAISCH, Peter Zur Notwendigkeit einer effektiven Fusionskontrolle aus wettbewerbspolitischer und gesamtwirtschaftlicher Sicht, in: Raisch, Peter/Sölter, Arno/Kartte, Wolfgang, Fusionskontrolle, Für und Wider, Stuttgart u.a., 1970, S. 11 ff.
- RAISCH, Peter Normqualität und Durchsetzbarkeit wirtschaftlicher Regelungen, in: ZHR 128 (1966), S. 161 ff.
- RAISCH, Peter
SÖLTER, Arno
KARTTE, Wolfgang Fusionskontrolle. Für und Wider, Stuttgart u.a., 1970
- RASCH, Harold Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl., Köln u.a., 1974
- RASNER, Henning Die atypische stille Gesellschaft, "ein Institut des Gesellschaftsrechts", Bielefeld 1961
- RAUSCHENBACH, Gerhard Die besondere Bedeutung des Verwaltungsermessens und dessen richterliche Kontrolle bei Anwendung der neuen Vorschriften, in: Auslegungsfragen zur Zweiten GWB-Novelle, S. 61 ff. (siehe: AUSLEGUNGSFRAGEN)
- RITTNER, Fritz Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung, Düsseldorf 1957 (WuW-Schriftenreihe Heft 4)
- RITTNER, Fritz Die handelsrechtliche Publizität ausserhalb der Aktiengesellschaft. Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, München u.a., 1964

- RITTNER, Fritz Vermögensveränderungen im modernen deutschen Privatrecht, in: Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala, Berlin u.a., 1967
- RITTNER, Fritz Konzentrationskontrolle, - aber wie?, in: DB 1970, 1. Teil: S. 669 ff., 2. Teil: S. 717 ff.
- RITTNER, Fritz Das Ermessen der Kartellbehörde, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festschrift für Heinz Kaufmann, Köln 1972, S. 307 ff.
- RITTNER, Fritz Thesen zur Kartellnovelle, in: DB 1973, S. 318 f.
- RITTNER, Fritz Die Tätigkeitsberichte 1971 - 1973 des Bundeskartellamtes, in: WuW 1974, S. 737 ff.
- RITTNER, Fritz Die Tatbestände des Zusammenschlusses nach § 23 Abs.2 GWB, in: DB 1975, S. 581 ff.
- RITTNER, Fritz Wirkungsvollere allgemeine Wettbewerbspolitik, in: WuW 1976, S. 749 ff.
- RITTNER, Fritz Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung als Zusammenschlusstatbestände, in: Festschrift für Martin Luther, München 1976, S. 147 ff.
- RITTNER, Fritz § 22 GWB im Spannungsfeld wirtschaftswissenschaftlicher Theorien und rechtsstaatlicher Postulate, in: Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Festschrift für Gunther Hartmann, FIW-Schriftenreihe Heft 75, Köln u.a., 1976 S. 251 ff.
- RITTNER, Fritz Erweiterte Anzeigepflicht bei Unternehmenszusammenschluss, in: NJW 1976, S. 546 ff.
- RITTNER, Fritz Die Beteiligung als Grund der Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft, DB 1976, S. 1465 ff., S. 1513 ff.
- RITTNER, Fritz Publizitätsprobleme bei der Zusammenschlusskontrolle, in: Festschrift für v. Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 623 ff.

- ROBERT, Rüdiger Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik. - Das Beispiel der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Berlin 1976
- RÖHLING, Eike Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz, in: DB 1973, S.1585 ff.
- SANDROCK, Otto Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968
- SANDROCK, Otto Die zweite Kartellnovelle, in: DB 1973, S. 101 ff.
- SAUTER, Herbert Der Begriff "Wettbewerb" im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im GWB, Diss. Mainz 1964
- SAX, Walter Das strafrechtliche "Analogieverbot", Göttingen 1953
- SCHAUB, Dieter Motive und Grundlagen einer Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehmen, in: WuW 1971, S. 173 ff.
- SCHAUB, Dieter Die Anzeigepflicht im Falle bereits zusammengeschlossener Unternehmen, in: Festschrift für Gunther Hartmann, FIW-Schriftenreihe Heft 75, Köln u.a., 1976, S. 283 ff.
- SCHMIDT, Ingo US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973
- SCHMIEDEL, Burkhard Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, Tübingen 1974
- SCHNEIDER, Hans K. Die Beeinflussung der Konzentration als Ziel und Mittel der Wirtschaftspolitik in: Die Konzentration in der Wirtschaft, On Economic Concentration, herausgegeben von Helmut Arndt, 1. Band, Berlin 1971, S. 437 ff.
- SCHÖNKE, Adolf
SCHRÖDER, Horst Strafgesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Adolf Schönke und Horst Schröder, 19. Aufl., München 1978, zitiert: Schönke/Schröder, StGB
- SCHOUTEN, C.H. Grondslagen van het mededingingsrecht, Rotterdam 1973

- SCHWEITZER, Arthur Big Business in the Third Reich,
London, 1964
- SCHWERPUNKTE des Kartellrechts,
1973/74, FIW-Schriftenreihe, Heft 71,
Köln u.a., 1975
1974/75, FIW-Schriftenreihe, Heft 73,
Köln u.a., 1976
1975/76, FIW-Schriftenreihe, Heft 77,
Köln u.a., 1977
- SCHÜTTE, Dietz Wettbewerbsverbote der Personalhandels-
gesellschafter und ihre Beurteilung
nach § 1 GWB, Köln 1971
- STEINDORFF, Ernst Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht,
Frankfurt/M., 1959
- STEINDORFF, Ernst Zur Novellierung des Kartellrechts,
in: BB 1970, S. 824 ff.
- STEINDORFF, Ernst Zur Anwendbarkeit des Art.85 Abs.1
EWG-Vertrag auf Gemeinschaftsunter-
nehmen in der EG-Praxis, in: BB 1977,
S. 1613 ff.
- THIBAUT, Anton F.J. Theorie der logischen Auslegung des
Römischen Rechts, 2. Aufl., Altona
1806
- VEIT, Klaus-Rüdiger Unternehmensverträge und Eingliede-
rung als aktienrechtliche Instrumen-
te der Unternehmensverbindung, Düssel-
dorf 1974
- WERNER, Horst Die Grundbegriffe der Unternehmensver-
bindungen des Konzerngesellschafts-
rechts, in:JuS 1977, S. 141 ff.
- WERNER, Horst Zwei Probleme konzernrechtlicher Ab-
hängigkeit am Beispiel der Deutschen
Bank und Daimler Benz, in:BB 1976,
S. 393 ff.
- WIEDEMANN,Herbert
MERTENS, Klaus-Peter Die Unternehmensqualifikation von Ge-
bietskörperschaften im Recht der ver-
bundenen Unternehmen, Teil (1), in:
AG 1976, S. 197 ff.
- WINDBICHLER, Christine Unternehmensverträge und Zusammen-
schlusskontrolle. Abhandlungen zum
deutschen und europäischen Handels-
und Wirtschaftsrecht, Bd. 16, Köln u.a.
1977

WIRZ, Hanns Bernhard	Einige Bemerkungen zur Fusionskontrolle in WuW 1973, S. 250 ff.
WIRZ, Hanns Bernhard	Der Marktbeherrschungsbegriff nach § 22 GWB, in: Auslegungsfragen, S. 41 ff. (siehe: AUSLEGUNGSFRAGEN)
WITZEL, Michael	Die Ausgestaltung der Konzentrationskontrolle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. München 1974
WÜRDINGER, Hans	Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: WuW 1953, S. 721 ff.
WÜRDINGER, Hans	Verbundene Unternehmen und GWB, in: WuW 1967, S. 83
WÜRDINGER, Hans	Aktien- und Konzernrecht, 3. Aufl., Karlsruhe 1973
WÜRDINGER, Hans	Arten und Formen der Unternehmenszusammenschlüsse i.S. der neuen §§ 23, 24 GWB, WuW 1973, S. 731 ff.
ZÖLLNER, Wolfgang	Zum Unternehmensbegriff des § 15 ff. AktG, ZGR 1976, S. 2 ff.

L E B E N S L A U F

Am 26. Mai 1949 kam ich als Sohn von Henk Doorn und seiner Ehefrau Tine, geb. Bekendam, in Enschede/Niederlande zur Welt.

Von 1955 bis 1961 besuchte ich in meiner Heimatstadt die Grundschule und wechselte dann an das Humanistische Gymnasium des Ichthus College. Dort legte ich 1968 die Reifeprüfung ab und nahm im selben Jahr das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Groningen auf. Im Sommer 1973 bestand ich dort das "Doctoraal Examen" (Abschluss-Examen). Anschliessend studierte ich bis zum Sommer 1974 am Centre Européen Universitaire der Universität von Nancy/Frankreich Europäisches Recht und Internationales Kartellrecht. Als Abschluss dieses Studiums schrieb ich die Diplomarbeit

"Le contrôle des concentrations selon la loi
allemande d'août 1973".

Um diese Arbeit zu vertiefen und fertigstellen zu können, weilte ich von September bis Dezember 1974 zu Forschungszwecken an der Universität Freiburg.

Anschliessend war ich fast 2 Jahre als Verwaltungsbeamter in Den Haag tätig. Ende 1976 kehrte ich zur Fortsetzung meines Studiums nach Freiburg zurück.

Freiburg i.Br., September 1978

